

Hans-Georg Lagemann

**DER UNGEHORSAM GEGENÜBER SANKTIONSBEWehrTEN
VERWALTUNGSakTEN**

1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555408_0012

DER UNGEHORSAM
GEGENÜBER
SANKTIONSBEWEHRTE VERWALTUNGSAKTEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Hans-Georg Lagemann
aus Burgsteinfurt

1 9 7 7



Erster Berichterstatter: _

Zweiter Berichterstatter:

Dekan:

Prof. Dr. Stree

Prof. Dr. Wessels

Prof. Dr. Welp

Tag der mündlichen Prüfung:

22. Juni 1978

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
	I. Gegenstand der Untersuchung	1
	II. Gang der Untersuchung	4
	<u>1. Kapitel</u> <u>Die Tatbestände mit sanktions-</u> <u>bewehrten Verwaltungsakten</u>	6
§ 2	Die Funktion des Verwaltungsaktes	6
	I. Die materiellrechtliche Funktion	6
	1. Sanktionsbewehrte Verwaltungsakte	6
	2. Einwirkung auf Tatsubjekt oder Handlungsobjekt	10
	3. Handeln ohne Genehmigung	12
	II. Die verfahrensrechtliche Funktion	13
§ 3	Die Struktur der Tatbestände	15
	I. Die Blankettatbestände	15
	II. Der Verwaltungsakt - Blankettergänzung oder normatives Tatbestandsmerkmal?	16
	1. Formulierung und Abfassung der Tatbestände	17
	2. Entscheidungsspielraum der Behörde	21
	3. Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 II GG	21
	III. Der Aufbau der Tatbestände	23
	1. Unechte Blankettatbestände	23
	2. Echte Blankettatbestände	23
	3. Stellung des Verwaltungsaktes	24
§ 4	Zusammenfassung	25

<u>2. Kapitel</u>	<u>Die strafgerichtliche Recht- sprechung zur Fehlerfreiheit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes</u>	26
§ 5	Analyse der Entscheidungen	26
	I. Gewerberechtliche, insbesondere gast- stättenrechtliche Entscheidungen	26
	II. Verkehrsrechtliche Entscheidungen	40
§ 6	Folgerungen aus den Entscheidungen	45
	I. Der Grundsatz	45
	1. Tatbestandswirkung	45
	2. Sinn und Zweck der Tatbestände	46
	3. Verfassungsrechtliche Maßstäbe	46
	II. Die Ausnahmen	47
	1. Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe	47
	2. Besonderheiten der Unterlassungstaten	48
<u>3. Kapitel</u>	<u>Die Bindung an den Verwaltungsakt</u>	50
§ 7	Die Tatbestandswirkung der Urteile	51
	I. Begriff	51
	II. Kritik	53
§ 8	Die Tatbestandswirkung der Verwaltungs- aktstatsache	55
	I. Die Tatbestandswirkung als Anerkennung einer Tatsache	55
	1. Begriff	55
	2. Bedeutung	59
	II. Die Tatbestandswirkung als Bindung an eine Regelung	60
§ 9	Die Tatbestandswirkung als Inhaltswirkung	62
	I. Der Geltungsgrund der Tatbestandswirkung	62
	1. Tatbestandswirkung als Folge des Verwaltungsaktes	62
	2. Tatbestandswirkung als Folge des Rechtssatzes	64
	II. Die Gewaltenteilung und die Tatbestands- wirkung	66

§ 10 Die Aufgabenverteilung zwischen den Verwaltungs- gerichten und den ordentlichen Gerichten	67
I. Die Bindung der ordentlichen Gerichte	67
II. Kritik	68
§ 11 Zusammenfassung	70
<u>4. Kapitel Die Auslegung der Tatbestände</u>	71
§ 12 Die vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes	73
I. Die verschiedenen Eigenschaften	73
1. Der unanfechtbare Verwaltungsakt	73
2. Der Verwaltungsakt gemäß § 80 II VwGO	74
3. Der angreifbare Verwaltungsakt	75
II. Der maßgebliche Zeitpunkt	76
1. Die Vollstreckungsvoraussetzungen als veränderliche Eigenschaften	77
2. Der Zeitpunkt der Zuwiderhandlung	77
§ 13 Die Tatbestände mit geschriebenen Vollstreckungs- voraussetzungen	79
I. Die unterschiedliche Formulierung der Voraussetzungen	79
1. Tatbestände nach Bundesrecht und Landesrecht außerhalb Bayerns und Rheinland-Pfalz	79
2. Tatbestände nach bayerischem und rheinland-pfälzischem Recht	80
II. Die Bedeutung der Voraussetzungen	81
1. Bedeutung des Merkmals "vollziehbarer" Verwaltungsakt	81
2. Bedeutung des Art. 4 bay. LStVG	85
3. Bedeutung des Merkmals "unanfechtbarer" Verwaltungsakt	87
III. Die dogmatische Einordnung der Vollzieh- barkeit	87
1. Die Vollziehbarkeit als Verfahrens- voraussetzung	88
2. Die Vollziehbarkeit als materiell- rechtliche Voraussetzung	88

§ 14 Die Tatbestände ohne geschriebene Vollstreckungsvoraussetzungen	92
I. Das Vollzugsinteresse	92
II. Die Vollziehbarkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	94
1. Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt	94
2. Verstoß gegen einen vollziehbaren Verwaltungsakt	96
3. Verstoß gegen regelnde Verkehrszeichen	99
§ 15 Die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes als Tatbestandsmerkmal	102
I. Der notwendige Grad an Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes	102
II. Der ausreichende Grad an Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes	104
1. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes	104
2. Wirksamkeit des Verwaltungsaktes	114
§ 16 Die verfassungsrechtliche Bewertung	119
I. Die inhaltliche Bestimmtheit der Tatbestände	119
1. Die Tatbestandsmerkmale "zuwiderhandeln", "nicht nachkommen", etc.	120
2. Die Ermächtigungsgrundlagen zum Erlaß der Verwaltungsakte	121
3. Die sanktionsbewehrte Pflicht	122
II. Das Rechtsprechungsmonopol und die Gesetzesbindung der Richter	127
III. Die Rechtsschutzgarantie	128
§ 17 Zusammenfassung	129

5. Kapitel	<u>Die Auswirkung des Suspensiveffektes</u> <u>und der Aufhebung des Verwaltungs-</u> <u>aktes</u>	130
§ 18	Die Aufhebung des Verwaltungsaktes	130
I.	Die rückwirkende Aufhebung	130
II.	Der Meinungsstand in der Rechtsprechung	131
1.	Beachtung der rückwirkenden Aufhebung	132
2.	Nichtbeachtung der rückwirkenden Aufhebung	133
III.	Die Lösung	134
1.	Argumente für die Nichtbeachtung der Rückwirkung	134
2.	Argumente für die Beachtung der Rückwirkung	140
3.	Abwägung der Argumente	146
4.	Anwendungsbereich der Lösung	147
5.	Dogmatische Einordnung der rück- wirkenden Aufhebung	149
6.	Verfahrensrechtliche Auswirkung	149
§ 19	Die Auswirkung des Suspensiveffektes	150
I.	Der Suspensiveffekt im Zeitpunkt der Zu widerhandlung	150
1.	Fragestellung	150
2.	Verfassungswidrigkeit des Tatbestan- des	151
3.	Aussetzung des Verfahrens	153
4.	Nichterfüllung des Tatbestandes	154
II.	Der rückwirkende Suspensiveffekt	156
1.	Rückwirkender Suspensiveffekt kraft Gesetzes	156
2.	Rückwirkender Suspensiveffekt kraft Anordnung	
§ 20	Zusammenfassung	160

Abkürzungsverzeichnis

Soweit Abkürzungen verwendet wurden, die in dem Abkürzungsverzeichnis nicht enthalten sind, ergeben sich diese aus dem "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache" von Kirchner, 2. Auflage, 1968.

AbfG	Gesetz über die Beseitigung von Abfällen vom 5. Januar 1977 (BGBl I S. 41)
AHVO	Verordnung über den Verkehr und den Güterumschlag in Häfen vom 31. Oktober 1973 (GV NW S. 516)
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren vom 31. Oktober 1976 (BGBl I S. 3053)
BauO	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. Januar 1970 (GV NW S. 96)
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge vom 15. März 1974 (BGBl I S. 721)
BWVPr	Baden-Württembergische Verwaltungspraxis
GastG	Gaststättengesetz vom 5. Mai 1970 (BGBl I S. 465)
GastV	Verordnung zur Ausführung des Gaststättengesetzes vom 20. April 1971 (GV NW S. 119)
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz vom 6. August 1975 (BGBl I S. 2132)

KriegswaffG	Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) vom 20. April 1961 (BGBl I S. 444)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen vom 3. Mai 1976 (BGBl I S. 1121)
LabfG	Abfallgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18. Dezember 1973 (GV NW S. 562)
LG	Gesetz zur Sicherung des Naturhaushalts und zur Entwicklung der Landschaft vom 18. Februar 1975 (GV NW S. 190)
LJG	Landesjagdgesetz Nordrhein-Westfalen vom 26. Mai 1964 (GV NW S. 177)
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen vom 15. August 1974 (BGBl I S. 1945)
LStrG	Straßengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. November 1961 (GV NW S. 305)
LWassG	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22. Mai 1962 (GV NW S. 235)
PflSchG	Pflanzenschutzgesetz vom 2. Oktober 1975 (BGBl I S. 2591)
RhPf. PVG	Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz vom 29. Juni 1973 (GVBl. S. 180)
SchutzBerg	Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die militärische Verteidigung vom 7. Dezember 1956 (BGBl I S. 899)
Soldatengesetz	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten vom 19. August 1975 (BGBl I S. 2273)

SprengG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe vom 13. September 1976 (BGBl I S. 2737)
StrahlSchutzVO	Erste Verordnung über den Schutz vor Schäden durch Strahlen radioaktiver Stoffe vom 15. Oktober 1965 (BGBl I S. 1654)
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung vom 16. November 1970 (BGBl I S. 1565)
TierSchG	Tierschutzgesetz vom 24. Juli 1972 (BGBl I S. 1277)
VD	Der Verkehrsdienst
VersammlG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. Juli 1953 (BGBl I S. 684)
ViehseuchenG	Viehseuchengesetz vom 19. Dezember 1973 (BGBl I S. 1)
VOR	Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. Mai 1976 (BGBl I S. 1253)
WaffG	Waffengesetz vom 8. März 1976 (BGBl I S. 432)
WehrpflichtG	Wehrpflichtgesetz vom 8. Dezember 1972 (BGBl I S. 2277)
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 16. Oktober 1976 (BGBl I S. 3017)
WiStG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 3. Juni 1975 (BGBl I S. 1313)
WStG	Wehrstrafgesetz vom 24. Mai 1974 (BGBl I S. 1213)
ZDG	Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer vom 9. August 1973 (BGBl I S. 1015)

Literaturverzeichnis

- Arnhold Verstöße gegen rechtswidrige Verkehrs-
 zeichen, DAR 1973, 64
- Bachof Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,
 Verfahrensrecht in der Rechtsprechung
 des Bundesverwaltungsgerichts, Band II,
 Tübingen 1967 (zit. Verfassungsrecht
 Bd. II)
- ders. Die Nachprüfbarkeit rechtsgestaltender
 Verwaltungsakte im Rechtsstreit über
 die vermögensrechtlichen Ansprüche aus
 dem Beamtenverhältnis, JZ 1952, 211
- ders. Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart
 vom 7. September 1966 (DÖV 1967, 132)
 in: DÖV 1967, 132
- Baldauf Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart
 vom 7. September 1966 (NJW 1967, 122)
 in: NJW 1967, 745
- Bengl, Berner,
Emmerig Bayerisches Landesstraß- und
 Verordnungsgesetz, Kommentar, 3.
 Auflage, München 1973
- Bettermann Der Schutz der Grundrechte in der
 ordentlichen Gerichtsbarkeit, in:
 Die Grundrechte, Band III/2, Berlin
 1959, S. 779
- Blei Strafrecht, I. Allgemeiner Teil,
 16., völlig neubearbeitete Auflage,
 München 1975
- ders. Das Bayerische Landesstraß- und
 Verordnungsgesetz, JZ 1957, 602
- Blomeyer Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren,
 Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
- Böckenförde,
Christoph Die sogenannte Nichtigkeit verfassungs-
 widriger Gesetze, Berlin 1966 (zit.
 Die sog. Nichtigkeit)
- Boergen Anmerkung zum Beschluß des OLG Frank-
 furt vom 20. Juni 1969 (NJW 1969,
 1917) in: NJW 1970, 208
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
 bearbeitet von Abraham, Achterberg, u.a.,
 Hamburg 1950 ff

- Bötticher Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860 - 1960, S. 511
- Cramer Straßenverkehrsrecht, Band I: StVO - StGB, Kommentar, 2., neubearbeitete Auflage, München 1977
- Drews/Wacke/
Vogel/Martens Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, Erster Band, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1975 (zit. Gefahrenabwehr Bd. 1)
- Erbel Die Unmöglichkeit von Verwaltungsakten, Frankfurt 1972 (zit. Die Unmöglichkeit)
- Erichsen/Martens Allgemeines Verwaltungsrecht, 2., neubearbeitete Auflage, Berlin/New York 1977
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7., neubearbeitete Auflage, München 1977
- Fleiner Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8., neubearbeitete Auflage, Tübingen 1928 (zit. Institutionen)
- Floegel-Hartung Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 16., neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1966
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 10., neubearbeitete Auflage, München 1973
- Giacometti Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960
- Göhler Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 5., neubearbeitete Auflage, München 1977
- Gössel Verkehrsrechtliche Anordnungen in strafrechtlicher Sicht, VD 1968, 97
- Groetschel Was bedeutet "Tatbestandswirkung"?, DVBl. 1969, 413
- Hagedorn Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 7. September 1966 (NJW 1967, 122) in: NJW 1967, 744
- Hatschek Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Siebente und achte veränderte Auflage, Leipzig 1931
- Hauelsen Der Verwaltungsakt im Lichte neuerer Überlegungen, DÖV 1961, 121

- Heinrich Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 24. Juni 1971 (NJW 1971, 1815) in: GewArch. 1971, 269
- Hoffmann Rechtsprobleme der Verkehrszeichen, JZ 1964, 702
- Hoffmann-Becking Der feststellende Verwaltungsakt, DÖV 1972, 196
- Hohenester Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 24. Februar 1965 (NJW 1965, 2395) in: NJW 1966, 539
- Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, 2. Band, Tübingen 1954
- Hund Sind Verkehrszeichen sofort vollziehbar?, BWVPr. 1974, 246
- Jagusch Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 23., neubearbeitete Auflage, München 1977
- Janicki Keine Strafbarkeit von Verkehrsverstößen gegen durch amtliche Verkehrszeichen getroffene "rechtswidrige" Anordnungen, JZ 1968, 94
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, Unveränderter Neudruck der 3. Auflage von 1931, Berlin/Zürich 1966
- Jesch Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956 (zit. Die Bindung)
- Jescheck Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1972
- Kääh-Rösch Bayerisches Landesstraß- und Verordnungs-gesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1967
- Kleinknecht Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, Kommentar, 33., neubearbeitete Auflage, München 1977
- Knack Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Köln-Berlin-Bonn-München 1976
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, Kommentar, 43. Auflage, Berlin 1961
- Kopp Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, München 1976

- Kormann Besprechung über "Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung" von Friedrich Stein, in: AÖR 30, 253
- Krause Strafbarkeit des Verstoßes gegen rechtswidrige Verwaltungsakte? - BGH, NJW 1969, 2023, Jus 1970, 221
- ders. Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin 1974 (zit. Rechtsformen)
- Kuttner Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, München 1908 (zit. Nebenwirkungen)
- Landmann, Giers, Proksch Allgemeines Verwaltungsrecht, 4., neu bearbeitete Auflage, Düsseldorf 1969
- Leibholz/Rinck Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5., überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1975
- Leipziger Kommentar Strafbuch, Erster Band, Kommentar, 9. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin/New York 1974
- Lemmel Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, Berlin 1970 (zit. Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen)
- Lohberger Blankettstrafrecht und Grundgesetz, Diss. München 1968 (zit. Blankettstrafrecht)
- Lorenz Die Folgepflicht gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsakten und die Strafbarkeit des Ungehorsams, DVBl. 1971, 165
- Löwe-Rosenberg Straßprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 22., neubearbeitete Auflage, Zweiter Band, §§ 213 - 244, Berlin/New York 1973
- Mattes Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82, 25
- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 1976
- Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München 1976

- Maurach-Zipf Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg-Karlsruhe 1977
- Mayer, Hellmuth Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967
- Menger-Erichsen Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 56 (1965), 383; 59 (1968), 366; 54 (1963), S. 204
- Merk Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Berlin 1962
- Meyer/Borgs Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Frankfurt 1976
- Michel Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930, Kommentar, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1935
- Michel/Kienzle Das Gaststättengesetz, Kommentar, 6., neu bearbeitete Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1973
- Mohrbutter Bindung des Strafrichters an das Handeln der Verwaltung?, JZ 1971, 213
- Mühlhaus Straßenverkehrs-Ordnung, Kommentar, 7., neubearbeitete und veränderte Auflage, München 1977
- ders. Verkehrsunterricht für Verkehrssünder, VOR 1973, 95
- Müller Straßenverkehrsrecht, Band III, Kommentar, 22., völlig neubearbeitete Auflage, Berlin New York 1973
- Müller, Klaus Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, DÖV 1965, 38
- Müller-Sax Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- u. Ordnungswidrigkeitengesetz (KMR), 6. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Darmstadt 1966
- v. Mutius Rechtsnorm und Verwaltungsakt, Festschrift für Hans J. Wolff, München 1973, S. 167
- Neumann Das Blankostrafgesetz, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 87, Breslau 1908
- Nicklisch Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte, Bielefeld 1965 (zit. Die Bindung)
- Niehus Dingliche Verwaltungsakte, DÖV 1965, 319

- Oetker Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfrage, GS Band 64, Stuttgart 1904, S. 55 ff (zit. Die gesetzlichen Merkmale)
- Redeker/
von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5., überarbeitete Auflage, Stuttgart 1975
- Renck Die Rechtsnatur von Verkehrsregelungen durch Verkehrszeichen - BGHSt 20, 125 -, JuS 1967, 545
- Rosenberg-
Schwab Zivilprozeßrecht, 12., neubearbeitete Auflage, München 1977
- Rotberg Ordnungswidrigkeitenrecht, Kommentar, 5., völlig neubearbeitete Auflage, München 1975
- Rudolphi, Horn,
Samson, Schreiber Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 79 b), Frankfurt am Main 1975 (zit. SK)
- Sax Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, Band III/2, Berlin 1959, S. 909
- Schenke Strafbarkeit der Zuwiderhandlung gegen einen sofort vollziehbaren, nachträglich aufgehobenen strafbewehrten Verwaltungsakt?, JR 1970, 449
- Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 (zit. Gestaltungsklagen)
- Schmaltz Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei Zuwiderhandlungen gegen behördliche Anordnungen, JZ 1968, 661
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, Göttingen 1957
- Schmidt, Jörg R. Sind Verkehrszeichen kraft Gesetzes sofort vollziehbar?, DÖV 1970, 663
- Schneider Verkehrszeichen als Tatbestandsmerkmale, NJW 1964, 1297
- Schölz Wehrstrafgesetz, Kommentar, 2., neubearbeitete Auflage, München 1975
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 19., neubearbeitete Auflage, München 1978
- Schreven Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 23. Juli 1969 (BGHSt 23, 86) in: NJW 1970, 155

- Schunck-de Clerk Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3., neubearbeitete Auflage, Siegburg 1977
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Zweiter Band, 19. Auflage, Tübingen 1972 sowie Dritter Band, 19. Auflage, Tübingen 1975
- Stern Die Bindungswirkung von Verkehrszeichen im Ordnungswidrigkeitenrecht, Festschrift für Richard Lange, S. 859, Berlin/New York 1976
- Strauß Verstöße gegen amtliche Verkehrszeichen, DAR 1970, 92
- Stree Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965, 495
- Stumpp Die Bestimmtheit von Verwaltungsakten, DVBl. 1968, 330
- Thierfelder Die aufschiebende Wirkung von Widersprüchen und die Verwirklichung von Straftatbeständen, DVBl. 1968, 138
- Tiedemann Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Tübingen 1969 (zit. Tatbestandsfunktionen)
- ders. Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 1. Band, Allgemeiner Teil, Hamburg 1976 (zit. Wirtschaftsstrafrecht)
- Turegg-Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4., neubearbeitete Auflage, Berlin 1962
- Volkmar Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Berlin 1962
- Warda Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin 1955 (zit. Abgrenzung)
- Weidenbach Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettstrafgesetze, Diss. Tübingen 1965 (zit. Blankettstrafgesetze)
- Wessels Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6., überarbeitete Auflage, Karlsruhe und Heidelberg 1976
- Winkler Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten, Tübingen 1960 (zit. Die absolute Nichtigkeit)
- Wolff-Bachof Verwaltungsrecht I, Neunte, neubearbeitete Auflage, München 1974

§ 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung

I. Gegenstand der Untersuchung

Es gibt zahlreiche Tatbestände, in denen die Zuwiderhandlung gegen bestimmte Verwaltungsakte unter Straf- oder Geldbußdrohung steht. Ein Beispiel von vielen ist die Ordnungswidrigkeit des § 28 I Nr. 2 i.V.m. § 5 GastG; danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig bestimmten gaststättenrechtlichen Auflagen oder Anordnungen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt. Ähnliche Tatbestände finden sich meistens im Ordnungswidrigkeitenrecht ¹⁾, vereinzelt aber auch im Nebenstrafrecht ²⁾. Da bei diesen Tatbeständen die Grundsätze des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts einerseits und die Regeln des Verwaltungsrechts über Verwaltungsakte andererseits aufeinandertreffen, entstehen besondere Probleme. Es fragt sich nämlich, welche rechtlichen Anforderungen an den straf- bzw. geldbußbewehrten (= sanktionsbewehrten) Verwaltungsakt zu stellen sind, damit bei einer Zuwiderhandlung eine Sanktion verhängt werden kann. Die Untersuchung betrifft also einen Grenzbereich zwischen Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht und Verwaltungsrecht.

1. Die Frage nach den rechtlichen Anforderungen an den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt hat verschiedene Aspekte, die miteinander in Zusammenhang stehen.

a) In erster Linie soll untersucht werden, welchen Grad an Fehlerfreiheit der Verwaltungsakt aufweisen muß.

1) Vgl. § 2, FN 4 und 5.

2) Vgl. § 2, FN 6 und 7.

Dabei sind im einzelnen drei verschiedene Alternativen zu bedenken: Der Verwaltungsakt kann fehlerfrei und damit rechtmäßig, fehlerhaft und deshalb rechtswidrig, aber trotzdem wirksam und schließlich wegen des Fehlers nichtig sein. Es ist also zu klären, ob bei einer Zuwiderhandlung gegen einen sanktionsbewehrten Verwaltungsakt dieser für die Verhängung einer Sanktion rechtmäßig oder nur wirksam sein muß oder ob sogar bei Verstoß gegen einen nichtigen Verwaltungsakt die Sanktion verhängt werden kann. Fehlerfrei ist ein Verwaltungsakt, der von der zuständigen Behörde im richtigen Verfahren und der gehörigen Form erlassen worden ist und nicht an inhaltlichen Mängeln leidet ³⁾. Fehlerhaft ist ein Verwaltungsakt dagegen, wenn er diesen Anforderungen nicht entspricht, also durch unrichtige Anwendung bestehender Rechtssätze zustande gekommen ist ⁴⁾. Ob der Verwaltungsakt auf Grund des Fehlers lediglich rechtswidrig, aber wirksam oder gar nichtig ist, richtet sich nach der Erheblichkeit des Fehlers ⁵⁾. Grundsätzlich ist der fehlerhafte Verwaltungsakt wirksam. Nur ausnahmsweise tritt Nichtigkeit ein; das ist der Fall, wenn ein besonderer Nichtigkeitsgrund gegeben ist oder der Verwaltungsakt an einem besonders schweren und bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundigen Fehler leidet ⁶⁾.

b) Ein Verwaltungsakt kann noch andere Eigenschaften haben, als fehlerfrei oder fehlerhaft zu sein. So ist ein Verwaltungsakt in der Regel mit seinem Erlaß vollziehbar ⁷⁾. Für Verwaltungsakte, die ein Gebot oder Verbot aussprechen, bedeutet die Vollziehbarkeit, daß die Verwaltungsakte zwangsweise mit den Mitteln des Verwaltungsvollstreckungsrechts durchgesetzt werden können. Das gilt auch für die sanktionsbewehrten Verwaltungsakte, denn sie enthalten Gebote oder Verbote.

3) Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 171.

4) BVerwGE 13, 28 (31).

5) Wolff-Bachof, VerwR I, § 51, I, c.

6) Vgl. § 44 VwVfG.

7) Wolff-Bachof, VerwR I, § 50, I, d.

Zur Vollstreckung ist erforderlich, daß der Verwaltungsakt besondere Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt. Vollstreckbar ist ein Verwaltungsakt, wenn er unanfechtbar geworden ist oder die Voraussetzungen des § 80 II VwGO gegeben sind ⁸⁾. Außerdem ist der Verwaltungsakt im Eilfall auch ohne die vorher genannten Voraussetzungen vollstreckbar, wenn dies zur Verhinderung strafbarer Handlungen oder zur Abwehr einer drohenden Gefahr notwendig ist und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt ⁹⁾. Es fragt sich also, ob die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes eine Sanktionsvoraussetzung ist, und, wenn das der Fall sein sollte, welche der besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen müssen.

c) Außerdem ist bei der Frage nach den rechtlichen Anforderungen an den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt zu beachten, daß der Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsakten in erster Linie durch die Verwaltungsgerichte gewährleistet wird. Sie entscheiden über die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes. Deshalb muß erörtert werden, wie sich der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsakten auf die Verhängung der Sanktion auswirkt.

2. Die dargestellten Fragen sind bisher nicht umfassend erörtert worden. Nur wenige Autoren haben sich in Aufsätzen mit dem Problem beschäftigt; sie untersuchen jedoch nur Teilaspekte ¹⁰⁾. Die relativ geringe Aufmerksamkeit, die das Thema gefunden hat, ist darauf zurückzuführen, daß es sich bei den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten meistens um Ordnungswidrigkeiten handelt. Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten gilt nämlich in jeder Lage des Verfahrens das Opportunitätsprinzip (vgl. § 47 OWiG). Das wirkt sich dahin aus, daß die Ordnungswidrigkeiten vielfach nicht mit derselben Genauigkeit und Sorgfalt untersucht werden wie die Straftatbestände. Doch kann

8) Vgl. § 6 I VwVG; § 55 I VwVG (NW).

9) Vgl. § 6 II VwVG; § 55 II VwVG (NW).

10) Janicki, JZ 1968, 94; Krause, JuS 1970, 221; Lorenz, DVBl. 1971, 165; Menger-Erichsen, VerwArch. 59 (1968), S. 366 (370 ff); Mohrbuter, JZ 1971, 213; Schenke, JR 1970, 449; Schmaltz, JZ 1968, 661; Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859; Strauß, DAR 1970, 92.

das Ermessen bei der Verfolgung und Entscheidung über Ordnungswidrigkeiten nur dann sachgemäß ausgeübt werden, wenn Klarheit über die rechtlichen Fragen herrscht. Darüberhinaus ergibt sich die praktische Bedeutung der Untersuchung aus der großen Vielzahl der Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten.

Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ist grundsätzlich die Verwaltungsbehörde zuständig (vgl. § 35 OWiG). Auf Grund des Einspruchs gegen einen Bußgeldbescheid entscheidet jedoch der Strafrichter über geldbescheid entscheidet jedoch der Strafrichter über die Verhängung der Geldbuße (vgl. §§ 67 ff OWiG). Für die Entscheidung über eine Zuwiderhandlung gegen einen Tatrichter zuständig. Deswegen wird die Untersuchung aus der Sicht des Strafrichters geführt. Für die Verfolgungstätigkeit der Verwaltungsbehörden bei Ordnungswidrigkeiten gilt die Untersuchung entsprechend.

II. Gang der Darstellung

Im 1. Kapitel werden die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten als Grundlage der Arbeit näher beschrieben (§§ 2 - 4). Das 2. Kapitel analysiert einzelne strafgerichtliche Entscheidungen zu der Frage, wie fehlerfrei der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt nach Ansicht der Rechtsprechung sein muß (§§ 5, 6). Der Schwerpunkt des 3. Kapitels liegt bei der Untersuchung, ob aus der sog. Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte die Verpflichtung des Strafrichters folgt, sanktionsbewehrte Verwaltungsakte nur auf die Wirksamkeit zu überprüfen (§§ 7 - 11). Im 4. Kapitel wird die Frage nach den rechtlichen Anforderungen an den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt durch Auslegung der Tatbestände beantwortet (§§ 12 - 17); dabei wird zunächst festgestellt, welche vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften der Verwaltungsakt aufweisen muß; daraus ergeben sich dann die Anforderungen an die erforderliche Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes; schließlich wird die Lösung

auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft. Im 5. Kapitel geht es um den Einfluß des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber Verwaltungsakten auf die Ahndbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen sanktionsbewehrte Verwaltungsakte (§§ 18 - 20).

1. Kapitel Die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten

Der Typ des Tatbestandes mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt soll zunächst dadurch näher festgelegt werden, daß die Funktion des Verwaltungsaktes bei diesen Tatbeständen bestimmt wird und gegen andere Funktionen, die ein Verwaltungsakt im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht sonst noch haben kann, abgegrenzt wird. Sodann ist auf die besondere Struktur der Tatbestände als Blankettatbestände einzugehen.

§ 2 Die Funktion des Verwaltungsaktes

Verwaltungsakte können bei der Einwirkung auf das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht materiellrechtlich und verfahrensrechtlich von Bedeutung sein.

I. Die materiellrechtliche Funktion

Der Verwaltungsakt hat im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht eine materiellrechtliche Funktion, wenn sein Vorhandensein oder Nichtvorhandensein zu den Voraussetzungen der Ahndbarkeit eines Verhaltens gehört. Er ist dann für die Verhängung der Sanktion von konstitutiver Bedeutung. Der konstitutive Einfluß der Verwaltungsakte kann unterschiedlich sein. Deshalb können je nach der Art der materiellrechtlichen Einwirkung verschiedene Tatbestandstypen unterschieden werden.

1. Sanktionsbewehrte Verwaltungsakte

Unter sanktionsbewehrten Verwaltungsakten werden die Verwaltungsakte verstanden, die in einem Tatbestand die Verhaltenspflicht des Normadressaten festlegen. Dabei handelt es sich um die größte und einheitlichste Gruppe von Verwaltungsakten mit materiellrechtlicher Funktion. Sanktionsbewehrt können nur gestaltende Verwaltungsakte sein. Gestaltende Verwaltungsakte sind diejenigen Verwaltungsakte, die ein konkretes Rechts-

verhältnis begründen, abändern oder aufheben, allgemein gesagt, die die bisherige Rechtslage unmittelbar verändern ¹⁾. Aber nicht alle gestaltenden Verwaltungsakte eignen sich zur Festlegung der Verhaltenspflicht in einem Tatbestand, sondern nur die sog. Verfügungen und die durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen.

a) Die Verfügungen sprechen ein Gebot oder Verbot aus ²⁾, wie etwa bei der gaststättenrechtlichen Anordnung nach § 5 GastG das Gebot, einen bestimmten Ventilator in dem Schankraum anzubringen, oder das Verbot, eine die Nachbarn unzumutbar störende Musikbox zu betreiben. Gerade wegen ihres befehlenden Inhalts können die Verfügungen die Funktion haben, die Verhaltenspflicht des Normadressaten zu bestimmen. Zu den sanktionsbewehrten Verfügungen zählen zum einen die Auflagen. Auflagen sind die mit einem begünstigten Verwaltungsakt verbundenen Verfügungen, durch die vom Adressaten ein bestimmtes Verhalten verlangt wird ³⁾. Zum anderen gehören hierher die sonstigen befehlenden Anordnungen mit Verwaltungsaktscharakter, die keine Nebenbestimmung zu einem anderen Verwaltungsakt darstellen. Beispiele finden sich in § 28 I Nr. 2 GastG; danach handelt ordnungswidrig, wer einer Auflage oder Anordnung nach § 5 GastG ... nicht ... nachkommt. Die erste Alternative bedroht die Zuwiderhandlung gegen die Auflage bei einem erlaubnispflichtigen Gaststättenbetrieb, die zweite einen Verstoß gegen den belastenden Verwaltungsakt bei einem erlaubnisfreien Gaststättenbetrieb mit Geldbuße. Tatbestände, welche die Zuwiderhandlung gegen Auflagen ⁴⁾ oder gegen

1) Wolff-Bachof, VerwR I, § 47, I, a.

2) Wolff-Bachof, VerwR I, § 47, I, a, 1.

3) Forsthoff, VerwR, S. 215; Wolff-Bachof, VerwR I, § 49, I, d; vgl. auch § 36 II Nr. 4 VwVfG.

4) Vgl. etwa: § 18 I Nr. 3 AbfG; § 46 I Nr. 2 AtomG; § 47 I Nr. 5 AuslG i.d.F. vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469); § 48 I Nr. 4 AuslG; § 62 I Nr. 3 BimSchG; § 69 I Nr. 6 BSeuchG; § 28 I Nr. 2 GastG; § 18 I Nr. 1 KriegswaffG; § 61 I Nr. 1 PBefG i.d.F. vom 24. August 1976 (BGBl I S. 2439); § 25 I Nr. 4 PflSchG; § 32 I Nr. 3 SprengG; § 55 I Nr. 1 WaffG; § 41 I Nr. 5 u. 6 e WHG.

sonstige Anordnungen in der Form von Verfügungen ⁵⁾ mit einer Sanktion bedrohen, gibt es sehr häufig. Sie finden sich am Schluß zahlreicher Gesetze. Die Tatbestände sind im Grundsatz gleichartig wie folgt formuliert: "Ordnungswidrig handelt, wer einer Auflage nach § ... des Gesetzes zuwiderhandelt" oder "... , wer einer Anordnung nach § ... dieses Gesetzes zuwiderhandelt". Die Vorschriften des Gesetzes, auf welche die Tatbestände Bezug nehmen, enthalten die Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass der Auflagen oder sonstigen Verfügungen. Aus dieser Bezugnahme auf Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Verwaltungsakten wird - ebenso wie aus dem Wortlaut - deutlich, daß mit den Tatbestandsmerkmalen "Auflage" oder "Anordnung" Verwaltungsakte gemeint sind. Soweit es sich bei den Tatbeständen um Ordnungswidrigkeiten handelt, liegt der Unrechtsgehalt der Handlungen in der bloßen Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt. Bei Straftatbeständen trifft das gelegentlich ebenfalls zu ⁶⁾. Doch setzen sie manchmal auch Besonderheiten des Zuwiderhandelns voraus ⁷⁾, so wenn etwa eine beharrlich wiederholte Zuwiderhandlung verlangt wird oder infolge der Zuwiderhandlung ein besonderer Erfolg, wie eine Gefahr für Leib und Leben eines Menschen oder für Sachen von bedeutendem Wert, eingetreten sein muß.

b) Die durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen bilden eine weitere Gruppe von Verwaltungsakten, die im Rahmen des Blanketttatbestandes des § 24 StVG ⁸⁾ für die Bestimmung der geldbußbewehrten Ver-

5) Vgl. etwa: § 46 I Nr. 3 AtomG; § 48 I Nr. 5 AuslG; § 65 BSeuchG i.d.F. vom 25. Juni 1969 (BGBl I S. 645) sowie i.d.F. vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469); § 69 I Nr. 10 BSeuchG; § 28 I Nr. 2 GastG; § 56 I Nr. 3 KWG; § 54 I Nr. 5 LMBG; § 25 I Nr. 3 PflSchG; § 27 I Nr. 2 SchutzBerG i.d.F. vom 24. Mai 1968 (BGBl I S. 503); § 32 I Nr. 1 u. 3 SprengG; § 18 II Nr. 3 TierSchG; § 53 III Nr. 6, § 55 I Nr. 2 WaffG; § 41 I Nr. 8 WHG.

6) Vgl. etwa § 53 III Nr. 6 WaffG.

7) Vgl. etwa § 42 SprengG.

8) § 24 StVG i.d.F. vom 24. Mai 1968 (BGBl I S. 503) sowie der Änderungen vom 19. März 1969 (BGBl I S. 217) und vom 14. Juli 1976 (BGBl I S. 1801).

haltungspflicht von Bedeutung sind. Hierzu gehören die Gebote und Verbote enthaltenden Vorschriftzeichen nach § 41 StVO sowie einige Richtzeichen nach § 42 StVO, soweit sie Anordnungen treffen. Diese Verwaltungsakte sind durch § 24 StVG i.V.m. §§ 49 III Nr. 4, 41 StVO oder i.V.m. §§ 49 III Nr. 5, 42 StVO mit Geldbuße bewehrt.

Zwar wird seit langem darüber gestritten, ob den Verkehrszeichen Verwaltungsakte oder Rechtsverordnungen ⁹⁾ zugrunde liegen. Doch soll dieser Streit auf sich beruhen bleiben. Vielmehr wird mit der höchst-richterlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre vom Verwaltungsaktscharakter der durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen ausgegangen ¹⁰⁾. Unerörtert bleibt weiter der Streit, ob es sich bei den regelnden Verkehrszeichen um Verwaltungsakte handelt, die sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimm-baren Personenkreis richten, oder ob sie die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache ¹¹⁾ betreffen. Im Zusammenhang dieser Untersuchung ist es nämlich gleich-gültig, ob die Verwaltungsakte unmittelbar das Verhalten der Verkehrsteilnehmer regeln oder nur mittelbar über die dingliche Regelung des öffentlich-rechtlichen Zu-standes der Straße auf das Verhalten der Verkehrsteil-nehmer einwirken. Maßgebend ist nur, daß die den Ver-kehrszeichen zugrunde liegenden Verwaltungsakte das Ver-halten der Verkehrsteilnehmer letztlich bestimmen und durch § 24 StVG in Verbindung mit den entsprechenden Vorschriften der Straßenverkehrs-Ordnung mit einer Geld-bußdrohung bewehrt sind. Auch der Bundesgesetzgeber ist

- 9) Für die Ansicht, es handele sich um Rechtsverordnungen vergleiche: Hoffmann, JZ 1964, 702; Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, S. 176 ff; Renck, JuS 1967, 545; sowie VGH Mannheim, DVBl. 1965, 610; OVG Koblenz, NJW 1965, 2170.
- 10) Grundlegend: BGHSt 20, 125; BVerwGE 27, 181; BVerfG, NJW 1965, 2395. Mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen ebenso: Cramer, Straßenverkehrsrecht, § 39 StVO, RN. 5; Jagusch, Straßenverkehrsrecht, § 41 StVO, Rz. 247; Mühl-haus, Straßenverkehrs-Ordnung, § 39, Anm. 3, a; Müller, Straßenverkehrsrecht Bd. III, § 39 StVO, RNr. 3.
- 11) Vgl. Niehus, DÖV 1965, 319; Menger-Erichsen, VerwArch. 56 (1965), S. 383 ff und 59 (1968), S. 369 f; zweifelnd v. Mutius, Festschrift f. Hans J. Wolff, S. 167, 213 ff; Wolff-Bachof, VerwR I, § 46, VIII.

bei der Definition des Verwaltungsaktes im Verwaltungsverfahrensgesetz davon ausgegangen, die durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen seien Verwaltungsakte; dabei ist es nach seiner Ansicht ebenfalls offen, ob das regelnde Verkehrszeichen einen Verwaltungsakt enthält, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet, oder ob es die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft (vgl. § 35, 2 VwVfG) ¹²⁾. Außerdem soll die Meinung außer Betracht gelassen werden, die im regelnden Verkehrszeichen lediglich ein bloßes Tatbestandsmerkmal sieht und von der dahinterstehenden Verwaltungshandlung absieht ¹³⁾.

Nur von der herrschenden Meinung aus, daß den Verkehrszeichen Verwaltungsakte zugrunde liegen, wird also untersucht, welche rechtlichen Anforderungen an die durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen im Tatbestand des § 24 StVG zu stellen sind. Insbesondere geht es darum, ob die für die sonstigen sanktionsbewehrten Verwaltungsakte geltenden Lösungen auch bei den sanktionsbewehrten regelnden Verkehrszeichen zu sinnvollen Ergebnissen führen.

2. Einwirkung auf Tatsubjekt oder Handlungsobjekt

a) Verwaltungsakte spielen weiter bei der Frage eine Rolle, ob jemand Adressat eines Tatbestandes ist. Das ist besonders bei einigen Sonderdelikten der Fall, die nur von Personen begangen werden können, welche in einem bestimmten besonderen Gewaltverhältnis stehen. Zu denken ist dabei an die Delikte im Amte, die Straftaten nach dem Wehrstrafgesetz sowie die Straftaten und Ord-

12) BT-Drucks. 7/910, S. 56 f; Knack, VwVfG, § 35, Anm. 4.3. 1.3.2; Meyer/Borgs, VwVfG, § 35, RN. 45.

13) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, RdNr. 15; Hohenester, NJW 1966, 539; Schneider, NJW 1964, 1297.

nungswidrigkeiten nach den §§ 52 ff ZDG. Voraussetzung der Delikte im Amte ist, daß der Täter Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2 StGB ist. Amtsträger ist u.a. ein Beamter (§ 11 I Nr. 2 a StGB); diese Rechtsstellung erlangt man durch Erlaß des statusbe gründenden Verwaltungsaktes der Beamtenernennung. Soldat i.S.d. § 1 WStG wird man nur auf Grund des Einberufungsbescheides nach §§ 21, 23 I WehrpflG oder auf Grund der Ernennung zum Soldaten nach § 1 III Nr. 1, 2 Soldatengesetz ¹⁴⁾. Adressat der §§ 52 ff ZDG wird jemand ebenfalls nur auf Grund des Einberufungsbescheides nach § 19 ZDG.

b) Zur näheren Festlegung des Handlungsobjekts ist auch manchmal der Erlaß eines Verwaltungsaktes erforderlich. So ist der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) u.a. gegen Beamte im staatsrechtlichen Sinn und Soldaten gerichtet. Gefangenenbefreiung i.S.d. § 120 StGB kann zugunsten solcher Personen begangen werden, die auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt werden (vgl. § 120 IV StGB); diese Verwahrung kann zum Teil durch Verwaltungsakt angeordnet sein, wie bei der nach den Polizei- und Ordnungsgesetzen erfolgten Verwahrung ¹⁵⁾. Des weiteren werden bei Organisationsdelikten nach §§ 85 - 86 a StGB die Handlungsobjekte durch Verwaltungsakte festgelegt.

c) Bei den das Tatsubjekt oder Handlungsobjekt bestimmenden Verwaltungsakten kann ebenfalls danach gefragt werden, welchen Grad an Fehlerfreiheit der Verwaltungsakt zur Tatbestandserfüllung aufweisen muß und wie sich die verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe gegen den

14) Schölz, Wehrstrafgesetz, § 1, N. 2 ff.

15) Schönke-Schröder, StGB, § 120, Rdnr. 4.

Verwaltungsakt auf das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht auswirken. Die weitere Frage, ob die Verwaltungsakte zur Tatbestandserfüllung vollziehbar und die Voraussetzungen des § 80 II VwGO erfüllen oder unanfechtbar sein müssen, kann ebenfalls erörtert werden. Doch haben diese Merkmale bei den Verwaltungsakten, die das Tatsubjekt oder Handlungsobjekt beschreiben, nicht den Sinn von Vollstreckungsvoraussetzungen, da die Verwaltungsakte nicht vollstreckbar sind. Die fraglichen Tatbestände bleiben hier außer Betracht.

3. Handeln ohne Genehmigung

Verwaltungsakte können weiter auf solche Strafrechtsnormen und Ordnungswidrigkeiten einwirken, in denen ein Handeln ohne behördliche Genehmigung unter Strafe oder Geldbußdrohung steht. Dabei wird unterschieden, ob die Genehmigung ein negativ formuliertes Tatbestandsmerkmal ist oder ob sie einen Rechtfertigungsgrund darstellt.

a) Die Genehmigung soll tatbestandsausschließend wirken, wenn die Norm lediglich die "praeventiven Kontrollinteressen" ¹⁶⁾ der Verwaltung schützen soll und das Verhalten selbst an sich sozialadäquat ist ¹⁷⁾. Dann erschöpft sich der Unwertgehalt des straf- bzw. geldbußbedrohten Handelns im Verstoß gegen die Überwachungs- und Kontrollpflichten der Verwaltung. Beispiele sind etwa die Strafnorm des Fahrens ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG oder die Ordnungswidrigkeit in § 59 I Nr. 1 LStrG (NW), wonach ordnungswidrig handelt, wer ohne die erforderliche Erlaubnis eine öffentliche Straße zu Sondernutzungen gebraucht, oder § 101 I Nr. 3 BauO (NW), wonach ordnungswidrig handelt, wer ohne die erforderliche Baugenehmigung eine bauliche Anlage errichtet.

b) Die Genehmigung ist dagegen ein Rechtfertigungsgrund, wenn das straf- bzw. geldbußbedrohte Verhalten, das Gegenstand der Genehmigung ist, selbst den Unwertgehalt ausmacht ¹⁸⁾. In den Fällen ist das verbotene

16) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 275.

17) Blei, Strafrecht AT, § 44, I, 1; Hirsch, LK, Vorbem. 148 vor § 51.

18) Blei, Strafrecht AT, § 44, I; Hirsch, LK, Vorbem. 148 vor § 51.

Verhalten selbst grundsätzlich sozialschädlich und kann nur ausnahmsweise durch eine Genehmigung zugelassen werden. So dürfte etwa bei dem Straftatbestand des Herstellens von Schußwaffen oder Munition ohne die dazu erforderliche Erlaubnis in §§ 36 I Nr. 1, 5 I Nr. 1 WaffG die Erlaubnis nur rechtfertigende Wirkung haben, denn aus dem Sinn des Waffengesetzes ergibt sich das grundsätzliche Verbot zur Herstellung von Waffen und Munition ¹⁹⁾. Ebenso soll nach h.M. die behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung eines Glücksspiels, einer Lotterie oder einer Ausspielung ein Rechtfertigungsgrund für die Straftatbestände der §§ 284 - 286 StGB sein ²⁰⁾.

c) Obwohl auch bei den tatbestandsausschließenden und rechtfertigenden Genehmigungen die Ausgangsfrage dieser Untersuchung erörtert werden könnte, soll sich die Bearbeitung darauf nicht erstrecken, da die Genehmigungen nicht vollstreckbar sind und die Frage nach den Vollstreckungsvoraussetzungen deshalb nicht entsteht.

II. Die verfahrensrechtliche Funktion

Ein Verwaltungsakt kann im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht eine verfahrensrechtliche Funktion nur dann haben, wenn er nicht schon für die Ahndbarkeit eines Verhaltens konstitutiv ist. Das kommt allerdings selten vor. Eine verfahrensrechtliche Funktion hat ein Verwaltungsakt etwa bei § 60 PBefG. Danach wird bestraft, wer Personen mit Straßenbahnen, Obussen oder Kraftfahrzeugen ohne die nach dem Personenbeförderungsgesetz erforderliche Genehmigung befördert. Da die Strafbarkeit davon abhängt, daß die nach dem Personenbeförderungsgesetz erforderliche Genehmigung nicht erteilt ist, handelt es sich zwar um einen Tatbestand, der ein Handeln ohne Genehmigung unter Strafe stellt; der Verwaltungsakt der Genehmigung hat nämlich tatbestands-

19) Wolff-Bachof, VerwR I, § 48, II, c.

20) Vgl. Hirsch, LK, Vorbem. 148 vor § 51 m.w.N..

ausschließende, also materiellrechtliche Bedeutung. Strafbarkeitsvoraussetzung ist aber weiter, daß die vorgenommene Beförderung den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes unterliegt. Über diese Frage kann in einem Verwaltungsverfahren durch Erlaß eines feststellenden Verwaltungsaktes entschieden werden (vgl. § 10 PBefG). Dieser Verwaltungsakt kann nur eine strafverfahrensrechtliche, dagegen keine materiellrechtliche Wirkung auf die Strafbarkeit haben. Ist während des Strafverfahrens über die Frage, ob die Beförderung den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes unterliegt, eine endgültige Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht ergangen, so kann das Gericht das Verfahren gemäß § 60 II PBefG bis zur endgültigen Entscheidung des Verwaltungsverfahrens aussetzen. Diese Vorschrift entspricht § 262 II StPO. Daraus folgt, daß der Strafrichter an einen Verwaltungsakt gemäß § 10 PBefG nicht gebunden ist. Er kann den Ausspruch des Verwaltungsaktes nach eigener Überzeugung seiner Entscheidung zugrunde legen oder selbst durch Anwendung des Personenbeförderungsgesetzes feststellen, ob die Beförderung den Vorschriften des Gesetzes unterliegt. Demnach ist der Verwaltungsakt nicht materiellrechtliche Voraussetzung für die Strafbarkeit nach § 60 I PBefG, sondern sein Ausspruch ist eine verfahrensrechtlich zulässige Hilfe bei der Entscheidung der Vorfrage.

Hat ein Verwaltungsakt also eine verfahrensrechtliche Funktion, so kann die in dieser Untersuchung gestellte Frage nach den rechtlichen Anforderungen an den Verwaltungsakt nicht auftauchen. Der Strafrichter hat nämlich die vom Vorhandensein eines Verwaltungsaktes unabhängige öffentlichrechtliche Vorfrage selbst zu beurteilen.

§ 3 Die Struktur der Tatbestände

Da die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten nicht jeweils schon aus einer einzigen Gesetzesvorschrift heraus verständlich sind, sondern immer auf andere Vorschriften verweisen, muß ihre Struktur untersucht werden. Es kann sich um Blankettatbestände handeln. Dabei fragt es sich, welche Stellung der Verwaltungsakt im Tatbestand hat.

I. Die Blankettatbestände

Strafgesetze bzw. Geldbußvorschriften bestehen aus dem Tatbestand als der Rechtsfolgevoraussetzung und der Sanktionsandrohung als der Rechtsfolge. Meistens sind beide Teile des Rechtssatzes in ein und derselben Gesetzesbestimmung enthalten. Das muß aber nicht so sein. Häufig gibt eine Vorschrift auch nur die Rechtsfolge an und verweist hinsichtlich der Voraussetzungen, an welche die Rechtsfolge geknüpft ist, ganz oder teilweise auf andere Bestimmungen. Solche Vorschriften nennt man Blankettgesetze. Die das Blankettgesetz ausfüllenden Ergänzungen werden als Blankettergänzungen bezeichnet ¹⁾. Im Anschluß an Warda ²⁾ können die Blankettgesetze als die gesetzlichen Vorschriften bestimmt werden, die ihre Straf- bzw. Geldbußdrohung auf ein ganz oder teilweise durch andere Rechtsquellen tatbestandlich umschriebenes Verhalten beziehen. Je nach Art der Blankettergänzung können verschiedene Arten der Blankettgesetze unterschieden werden ³⁾. Sie geben Aufschluß über Sinn und Zweck der Blankettgesetze. Die sog. echten Blankettgesetze verweisen zur Ergänzung auf zukünftige, nicht vom Gesetzgeber des Blankettgesetzes zu schaffende Rechtsquellen ⁴⁾. Zu diesen Rechtsquellen

1) Zu diesen und anderen gebräuchlichen Bezeichnungen vgl. Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 12 f m.w.N..

2) Warda, Abgrenzung, S. 5.

3) Vgl. zu den verschiedenen Einteilungen Warda, Abgrenzung S. 10 ff.

4) Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 22 f sowie Warda, Abgrenzung, S. 10 f und Weidenbach, Blankettstrafgesetze, S. 7 f bezeichnen diese als Blankettgesetze im engeren Sinn.

können etwa Rechtsverordnungen gehören. Ob dazu auch Verwaltungsakte zählen, soll untersucht werden. Sinn und Zweck solcher Blankettgesetze ist es, die Sanktionsvorschriften den wechselnden zeitlichen und örtlichen Verhältnissen anzupassen. Daneben gibt es noch die sog. unechten Blankettgesetze ⁵⁾. Sie werden durch bereits erlassene Vorschriften desselben Gesetzgebers ergänzt und dienen der Vereinfachung der Gesetzestechnik. Bei allen Blankettgesetzen handelt es sich also um unvollständige Gesetze, die erst im Zusammenwirken mit den Blankettergänzungen den Tatbestand vollständig festlegen. Der aus Blankettgesetz und Blankettergänzung zusammengesetzte Tatbestand soll Blanketttatbestand genannt werden.

II. Der Verwaltungsakt - Blankettergänzung oder normatives Tatbestandsmerkmal?

Es fragt sich, ob der Verwaltungsakt als regelnder Ausspruch der Verwaltungsbehörde eine Blankettergänzung ist ⁶⁾ oder ob die Tatbestände die sanktionsbewehrten Verwaltungsakte als normative Tatbestandsmerkmale mit den Worten wie Anordnung, Auflage, Verfügung etc. beschreiben. Wäre der Verwaltungsakt eine Blankettergänzung, so wäre der Tatbestand erst mit Erlaß des jeweiligen sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes vollständig. Würde der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt dagegen im Tatbestand durch ein normatives Tatbestandsmerkmal festgelegt, so bestünde der Tatbestand schon vor Erlaß des Verwaltungsaktes. Die Frage wird in der Literatur an Hand verschiedener Kriterien beantwortet: Teilweise wird auf die Formulierung und Abfassung der Tatbestände ⁷⁾, zum Teil auf den Entscheidungsspielraum der Verwaltungsbehörde beim Erlaß des Verwaltungsaktes abgestellt ⁸⁾.

5) Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 20 f sowie Warda, Abgrenzung, S. 10 f und Weidenbach, Blankettstrafgesetze, S. 7 nennen diese Gesetze Blankettgesetze im weiteren Sinn.

6) In diesem Sinn: Krause, JuS 1970, 221 f; Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (874); widersprüchlich Janicki, JZ 1968, 94 (95).

7) Vgl. FN 10.

8) Vgl. FN 22.

Maßgebend ist jedoch das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG⁹⁾.

1. Formulierung und Abfassung der Tatbestände

Die Tatbestände werden zu dem gestellten Problem in sog. einfach und doppelt verweisende Tatbestände eingeteilt¹⁰⁾. Zwar beschäftigte sich die Literatur mit dieser Einteilung hauptsächlich an Hand der Übertretungstatbestände sowie jetzt weitgehend aufgehobener Tatbestände des Nebenstrafrechts. Dennoch können die Ausführungen auf die heute geltenden Tatbestände übertragen werden.

a) Einfach verweisende Tatbestände sind die Tatbestände, die nur die Zuwiderhandlung gegen einen Verwaltungsakt mit Strafe oder Geldbuße bedrohen. Negativ gesehen bedeutet dies, daß die Tatbestände nicht zusätzlich noch neben der Bewehrung eines Verwaltungsaktes die Zuwiderhandlung gegen abstrakt-generell, etwa durch Rechtsverordnungen, beschriebene Pflichten sanktionieren. Zu den einfach verweisenden Tatbeständen können heute die Tatbestände gezählt werden, die folgenden Wortlaut haben: "Wer einem Verwaltungsakt gemäß § ... dieses Gesetzes zuwiderhandelt ..." ¹¹⁾.

Nach überwiegender Meinung sollen die Verwaltungsakte bei den einfach verweisenden Tatbeständen keine Blankettergänzungen sein¹²⁾. Weidenbach¹³⁾ begründet diese Ansicht damit, daß in diesen Tatbeständen nur der Ungehorsam gegenüber dem Verwaltungsakt mit einer Sanktion bedroht sei und es auf den Inhalt des Verwaltungsaktes nicht ankomme.

9) Vgl. FN 23.

10) Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 37 ff; Neumann, Das Blankettostrafgesetz, S. 25 ff, 45 ff; Oetker, Die gesetzlichen Merkmale, S. 160 ff; Warda, Abgrenzung, S. 15 ff; Weidenbach, Blankettstrafgesetz, S. 25 ff.

11) Vgl. etwa: § 18 I Nr. 3 AbfG; § 47 I Nr. 5 AuslG i.d.F. vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469); § 69 I Nr. 6 BSeuchG; § 28 I Nr. 2 GastG; § 18 I Nr. 1 KriegswaffG; § 25 I Nr. 4 PflSchG; § 32 I Nr. 3 SprengG.

12) Siehe FN 10.

13) Weidenbach, Blankettstrafgesetze, S. 31; ebenso wohl Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 42.

Die Begründung Weidenbachs überzeugt nicht. Selbst wenn man zunächst einmal mit Weidenbach davon ausgeht, in den einfach verweisenden Tatbeständen sei nur das Interesse am bloßen Gehorsam gegenüber dem Verwaltungsakt geschützt und es komme auf den Inhalt des Verwaltungsaktes nicht an, so folgt daraus nicht zwingend, daß die Verwaltungsakte keine Blankettergänzungen sind. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum sich aus dem Schutzinteresse der Tatbestände ergeben soll, daß der Tatbestand allein aus der gesetzlichen Vorschrift und nicht auch aus den jeweiligen Verwaltungsakten als Blankettergänzungen besteht. Darüber hinaus ist es sehr fraglich, ob wirklich nur das Interesse am bloßen Gehorsam gegenüber dem Verwaltungsakt geschützt werden soll und nicht auch die durch den Verwaltungsakt angeordneten inhaltlichen Gebote oder Verbote. Wenn es nach Weidenbach auf den Inhalt der sanktionsbewehrten Verwaltungsakte nicht ankommen soll, bedeutet dies, daß sowohl der Verstoß gegen einen fehlerfreien als auch die Zuwiderhandlung gegen einen fehlerhaften Verwaltungsakt den Tatbestand erfüllen kann. Der Inhalt eines Verwaltungsaktes hängt nämlich davon ab, ob der Verwaltungsakt fehlerfrei oder fehlerhaft ist. Demnach könnte sogar der Verstoß gegen einen fehlerhaft nichtigen Verwaltungsakt vom Tatbestand erfaßt werden. Warum aber der Inhalt der sanktionsbewehrten Verwaltungsakte unmaßgeblich und nur das Interesse am bloßen Gehorsam gegenüber den Verwaltungsakten geschützt sein soll, begründet Weidenbach nicht.

b) Doppelt verweisende Tatbestände bewahren gleichzeitig sowohl die Befolgung eines Verwaltungsaktes als auch abstrakt-generell beschriebene Verhaltenspflichten mit Sanktionen. Sie kommen heute gelegentlich - abstrakt formuliert - mit folgendem Wortlaut vor: "Wer der Vorschrift einer auf Grund § ... dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung oder einer auf Grund dieser Rechtsverordnung (oder einer auf Grund § ... dieses

Gesetzes) erlassenen Anordnung zuwiderhandelt, ..." ¹⁴⁾. Soweit diese Tatbestände die Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift einer auf Grund des Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung zum Inhalt haben, sind die Verhaltenspflichten abstrakt-generell festgelegt. In ihrem zweiten Teil bedrohen die Tatbestände die Zuwiderhandlung gegen einen Verwaltungsakt mit Sanktionen, wobei sich die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass des Verwaltungsaktes entweder aus der im ersten Teil des Tatbestandes genannten sanktionsbewehrten Rechtsverordnung oder aus dem Gesetz ergibt. Dieser Tatbestandstyp wurde in der Literatur bei den doppelt verweisenden Tatbeständen nicht erörtert ¹⁵⁾, obwohl er - wie gezeigt - dazu gezählt werden muß.

Zu der Frage, ob der Verwaltungsakt eine Blankettergänzung ist, meint Warda ¹⁶⁾, die Antwort hänge davon ab, ob der Verwaltungsakt eine rechtssatzvertretende Funktion habe. Rechtssatzvertretend wirke ein Verwaltungsakt nur, wenn ein doppelt verweisendes Blankettgesetz vorliege und dieses nicht bereits selbst schon die Zuwiderhandlung in ihren Merkmalen bezeichne. Würde die Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt dagegen im Tatbestand - wenn auch nur teilweise - beschrieben, so sei der den Verwaltungsakt beschreibende Begriff ein normatives Tatbestandsmerkmal ¹⁷⁾. Andere Schriftsteller vertreten die Ansicht, bei den doppelt verweisenden Tatbeständen sei der Verwaltungsakt immer Blankettergänzung, unabhängig davon, ob das Blankettgesetz selbst die Zuwiderhandlung voll, teilweise oder gar nicht festlege ¹⁸⁾.

14) Vgl. etwa: § 46 I Nr. 3 AtomG; § 62 I Nr. 7 und § 63 I Nr. 3 BImSchG; § 61 I Nr. 4 PBefG i.d.F. vom 24. Mai 1968 (BGBl I S. 503); § 24 StVG i.d.F. vom 24. Mai 1968 (BGBl I S. 503) sowie der Änderungen vom 19. Mai 1969 (BGBl I S. 217) und vom 14. Juli 1976 (BGBl I S. 1801); § 3 WiStG.

15) Vgl. FN 10.

16) Warda, Abgrenzung, S. 19 f.

17) Warda, Abgrenzung, S. 19; ebenso Neumann, Das Blankettostrafgesetz, S. 45 ff; Oetker, Die gesetzlichen Merkmale, S. 160 ff.

18) Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 41 f; Weidenbach, Blankettstrafgesetze, S. 32 f.

Zunächst bleibt offen, wieso ein Verwaltungsakt nur bei den doppelt, nicht aber den einfach verweisenden Tatbeständen als Blankettergänzung in Betracht kommen soll. Ob ein Tatbestand eine doppelte Verweisung enthält, hängt letztlich von einer zufälligen Entscheidung des Gesetzgebers ab; er könnte jeden doppelt verweisenden Tatbestand ohne sachliche Änderung zu zwei voneinander getrennten Tatbeständen machen. Die Einteilung in einfach und doppelt verweisende Tatbestände ist also kein entscheidendes Kriterium ¹⁹⁾. Deshalb kann es auf die weitere Unterscheidung, ob der Tatbestand die Handlung selbst wenigstens teilweise beschreibt oder nicht, nicht mehr ankommen. Jedoch dürfte der Meinung ²⁰⁾, die im Verwaltungsakt nur dann eine Blankettergänzung sieht, wenn der Tatbestand die verbotene Handlung nicht selbst beschreibt, ein richtiger Gedanke zugrunde liegen. Ein Tatbestand, der die Handlung selbst beschreibt, ist inhaltlich bestimmter als der, in dem die Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt nicht näher festgelegt ist. Rechnet man nun bei letzteren den Verwaltungsakt als Blankettergänzung auch zu den den Tatbestand begründenden Voraussetzungen, so werden die Tatbestände dadurch inhaltlich bestimmter. Demnach liegt der Sinn der differenzierenden Meinung darin, die Tatbestände möglichst inhaltlich bestimmt zu konstruieren. Diese Überlegung führt zum Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 II GG.

19) Vgl. auch Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 262.

20) Vgl. FN 17.

2. Entscheidungsspielraum der Behörde

Käab-Rösch ²¹⁾ entscheiden die Frage, ob die sanktionsbewehrten Verwaltungsakte Blankettergänzungen sind, nach dem Entscheidungsspielraum der Behörde beim Erlaß des Verwaltungsaktes. Sei der Spielraum nach Art und Umfang erheblich, so seien die Verwaltungsakte Blankettergänzungen. Nur wenn die Behörde keinerlei Spielraum habe, sei der Tatbestand schon vollständig.

Unklar ist, was unter erheblichem Spielraum zu verstehen ist. Wäre damit jeder im Ermessen der Behörde stehende Verwaltungsakt gemeint, so wären die meisten sanktionsbewehrten Verwaltungsakte Blankettergänzungen. Abgesehen davon ist es nicht möglich, die Frage nach den konstitutiven Elementen eines Tatbestandes von den Sachzwängen der verschiedensten Gesetze abhängig zu machen. Doch dürfte auch dieser Ansicht der Gedanke zugrunde liegen, daß die Verhaltenspflicht bei einem Verwaltungsakt, zu dessen Erlaß die Behörde einen erheblichen Entscheidungsspielraum hat, allein auf Grund des Tatbestandes nur schwer erkennbar ist und deshalb der konkrete erlassene Verwaltungsakt als Blankettergänzung den Tatbestand bestimmter machen würde.

3. Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 II GG

a) Richtiger Maßstab zur Beurteilung der Frage ist Art. 103 II GG. Wenn ein Blankettgesetz erst im Zusammenwirken mit der Blankettergänzung einen vollständigen Tatbestand schafft, so muß sich die Zulässigkeit, einen Tatbestand aus den verschiedenen Rechtsquellen zu bilden, nach der für die Begründung eines Tatbestandes maßgeblichen Verfassungsnorm des Art. 103 II GG richten. Obwohl dies anerkannt ist, wird dennoch häufig erklärt, ein Verwaltungsakt könne Blankettergänzung sein, ohne daß insoweit eine Auseinandersetzung mit

21) Käab-Rösch, Bay. LStVG, Einf., Rdnr. 233 f.

Art. 103 II GG erfolgt ²²⁾. Nach Art. 103 II GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dieser Verfassungsrechtssatz gilt für Straftaten sowie Ordnungswidrigkeiten ²³⁾. Deshalb hat der Gesetzgeber den Rechtssatz in § 1 StGB und § 3 OWiG nochmals ausdrücklich aufgenommen.

b) "Gesetzlich" i.S.d. Art. 103 II GG bedeutet, daß der Tatbestand durch einen Rechtssatz geschaffen sein muß. Streit besteht darüber, welche Rechtssätze einen Tatbestand begründen können. Die herrschende Meinung vertritt einen materiellen Gesetzesbegriff ²⁴⁾; davon wird auch hier ausgegangen. Es wird den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätzen gefolgt; Gesetze i.S.d. Art. 103 II GG sind nicht nur formelle Gesetze, sondern auch Rechtsverordnungen ²⁵⁾ und Satzungen ²⁶⁾. Nur wenn der Tatbestand eine Freiheitsstrafe androht, muß der Gesetzgeber selbst durch formelles Gesetz die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Strafe festlegen (vgl. Art. 104 I 1 GG), so daß der Tatbestand durch untergesetzliche Normen nicht konstitutiv begründet, sondern nur spezifiziert werden darf ²⁷⁾. Da die meisten Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten im Ordnungswidrigkeitenrecht

22) Göhler, OWiG, vor § 1, Anm. 4, B und § 1, Anm. 3; Jescheck, Strafrecht AT, § 12, III und § 15, III; Rudolphi in SK, StGB, § 16 Rn. 18 und Schreiber in SK, StGB, § 1 Rn. 2; Schönke-Schröder, StGB, § 15, Rdnr. 98 und § 1 Rdnr. 11 f.

23) Göhler, OWiG, § 3, Anm. 1; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 103 II, Rdnr. 113 f.

24) Vgl. Göhler, OWiG, § 1, Anm. 3; Jescheck, Strafrecht AT, § 15 III; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 103 II, Rdnr. 106; Maurach-Zipf, Strafrecht AT, § 10, A, 1; Sax, in: Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 909 (1001); Schönke-Schröder, StGB, § 1, Rdnr. 11.

25) BVerfGE 14, 174 ff, 245 ff; 22, 21 ff.

26) BVerfGE 32, 346 ff.

27) BVerfGE 14, 174.

und Nebenstrafrecht vorkommen, werden nur sehr selten Freiheitsstrafen angedroht, so daß auf die besondere Problematik des Art. 104 I 1 GG nicht eingegangen wird. Auf Art. 103 II GG bezogen wird verallgemeinernd auch formuliert, Gesetz i.S.d. Art. 103 II GG sei jeder geschriebene Rechtssatz. Verwaltungsakte sind als grundsätzlich individuell konkrete Regelungen keine Rechtsätze. Deshalb können Verwaltungsakte nicht als konstitutive Rechtsquellen zur Begründung eines Tatbestandes dienen. Dieser Ansicht müssen auch die Autoren folgen, die zu Art. 103 II GG einen formellen Gesetzesbegriff vertreten²⁸⁾. Wenn nämlich ein Tatbestand nur durch ein formelles Gesetz geschaffen werden kann, so scheidet ein Verwaltungsakt erst recht zur Tatbestandsbegründung aus. Der Ausschluß des Verwaltungsaktes als Rechtsquelle zur Begründung eines Tatbestandes ergibt sich also aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 103 II GG²⁹⁾.

Das Ergebnis folgt auch aus Art. 19 I 1 GG. Danach muß ein Gesetz, durch das oder auf Grund dessen ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Durch die Anwendung der Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten wird in das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen. Könnte ein Tatbestand auch durch Erlass eines Verwaltungsaktes mitbegründet werden, so würden der Tatbestand nur für den durch den Verwaltungsakt geregelten Einzelfall gelten. Das wäre unzulässig.

27) BVerfGE 14, 174.

28) Holtkotten, Bonner Kommentar, Art. 103, Anm. II, 3, c; Kohlrausch-Lange, StGB, § 2, Anm. I; Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 82 ff; H. Mayer, Strafrecht AT, S. 85; a.A. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 253.

29) Gössel, VD 1968, 97 ff; Lohberger, Blankettstrafrecht, S. 82 ff, 90; Weidenbach, Blankettstrafgesetze, S. 34 ff, 43; ebenso BVerfGE 14, 174 (185); OLG Hamburg, MDR 1964, 860.

Verwaltungsakte sind also keine Blankettergänzungen.

III. Der Aufbau der Tatbestände

1. Unechte Blankettatbestände

Die meisten Tatbestände sind unechte Blankettatbestände. Ihnen liegt folgende Struktur zugrunde: "wer einem Verwaltungsakt nach § ... dieses Gesetzes zuwiderhandelt, handelt ordnungswidrig (wird mit ... bestraft)"³⁰⁾. Die Tatbestände bestehen also aus dem die Sanktion androhenden Blankettgesetz und der von demselben Gesetzgeber geschaffenen Ermächtigungsgrundlage zum Erlass des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes. So ist z.B. der Tatbestand des § 28 I Nr. 2 i.V.m. § 5 GastG aus dem unechten Blankettgesetz des § 28 I Nr. 2 GastG und der unechten Blankettergänzung des § 5 GastG zusammengesetzt. Der auf Grund der Ermächtigungsgrundlage des § 5 GastG erlassene Verwaltungsakt gehört dagegen nicht zum gesetzlichen Tatbestand.

2. Echte Blankettatbestände

Nur wenige Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten sind dagegen echte Blankettatbestände. Sie sind dies allerdings nicht deshalb, weil der bewehrte Verwaltungsakt das Blankettgesetz ergänzt, sondern weil die Blankettgesetze durch Rechtsverordnungen oder Satzungen ausgefüllt werden. Die echten Blankettatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten lassen sich auf folgende Grundstruktur zurückführen: "wer einem auf Grund einer Rechtsverordnung nach § ... dieses Gesetzes erlassenen Verwaltungsakt zuwiderhandelt, handelt ordnungswidrig (wird mit ... bestraft)"³¹⁾. Zum Tatbestand gehören also das die Sanktion androhende Blankettgesetz sowie die in demselben Gesetz enthaltene

30) Vgl. FN 11.

31) Vgl. etwa § 46 I Nr. 3 AtomG; § 62 I Nr. 7 und § 63 I Nr. 3 BImSchG; § 61 I Nr. 4 PBefG i.d.F. vom 24. Mai 1968 (BGBl I S. 503); § 24 StVG i.d.F. vom 24. Mai 1968 (BGBl I S. 503) sowie der Änderungen vom 19. Mai 1969 (BGBl I S. 217) sowie vom 14. Juli 1976 (BGBl I S. 1801); § 3 WistG.

Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß der Rechtsverordnung. Ein Beispiel ist § 24 StVG; der formell gesetzliche Teil des Tatbestandes setzt sich aus § 24 StVG und der Ermächtigungsgrundlage des § 6 I 1 Nr. 1 - 6 StVG zum Erlass der Rechtsverordnungen zusammen. Sodann wird der formell gesetzliche Tatbestandsteil durch die Vorschriften der Rechtsverordnung konstitutiv ergänzt. Diese nehmen in ihren Schlußvorschriften auf das Blankettgesetz Bezug und geben im einzelnen an, welche Regelungen der Rechtsverordnung sanktionsbewehrt sind, so daß über die verweisenden Schlußvorschriften die einzelnen sanktionsbewehrten Regelungen der Rechtsverordnung zum Inhalt des Blankettgesetzes werden. Als Beispiele denke man an die auf § 24 StVG Bezug nehmenden §§ 48, 49 StVO, in denen im einzelnen festgestellt wird, welche Verstöße gegen welche Regelungen der Straßenverkehrs-Ordnung Ordnungswidrigkeiten i.S.d. § 24 StVG sind. Aus den Vorschriften der Rechtsverordnung muß dann auch entnommen werden, welche Verwaltungsakte durch den Blanketttatbestand sanktionsbewehrt sind.

3. Stellung des Verwaltungsaktes

Nach alledem sind nicht die erlassenen Verwaltungsakte selbst, sondern nur die den Verwaltungsakt beschreibenden Begriffe wie "Auflage", "Anordnung", "Verfügung", "Zeichen", "Weisung", etc. Tatbestandsmerkmale. Im Verhältnis zum Tatbestand ist der erlassene Verwaltungsakt ein Teil des rechtserheblichen Sachverhalts. Denn bei der Subsumtion muß der erlassene Verwaltungsakt unter den einen Verwaltungsakt beschreibenden Begriff untergeordnet werden. Gleichzeitig dient der erlassene Verwaltungsakt aber auch dazu, die im Tatbestand abstrakt beschriebene Verhaltenspflicht zu konkretisieren. Erst auf Grund des Inhalts des erlassenen Verwaltungsaktes weiß der Betroffene nämlich, welches konkrete Verhalten von ihm erwartet wird.

Diese doppelte Funktion des Verwaltungsaktes ist jedoch keine Besonderheit der sanktionsbewehrten Verwaltungsakte. Vielmehr bewirkt jeder rechtserhebliche Sachverhalt eine Konkretisierung der im Gesetz abstrakt beschriebenen Verhaltenspflicht. Das läßt sich deutlich an der Untreue nach § 266 StGB zeigen. Nach § 266 StGB wird bestraft, wer u.a. die ihm kraft Rechtsgeschäfts obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt. Die konkrete Pflicht ergibt sich erst aus dem Inhalt des jeweiligen einzelnen Rechtsgeschäfts; gleichzeitig ist dieses aber auch ein Teil des Sachverhaltes, der unter den abstrakten Tatbestand subsumiert werden muß.

§ 4 Zusammenfassung

- I. Bei den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten legen die Verwaltungsakte die sanktionsbewehrte Verhaltenspflicht fest.
- II. Die sanktionsbewehrten Verwaltungsakte sind Gestaltungsakte. Sie kommen zum einen als Verfügungen vor; dazu zählen Auflagen und die sonstigen nicht als Nebenbestimmungen ergehenden Verfügungen. Zum anderen gehören die durch Verkehrszeichen getroffenen Verwaltungsakte hierher.
- III. Der erlassene sanktionsbewehrte Verwaltungsakt ist kein Teil des Tatbestandes, sondern des Sachverhaltes. Tatbestandsmerkmal ist der den Verwaltungsakt beschreibende Begriff wie "Auflage", "Anordnung", "Verfügung" etc..
- IV. Die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten sind meistens unechte, selten dagegen echte Blanketttatbestände.

2. Kapitel Die strafgerichtliche Rechtsprechung zur Fehlerfreiheit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes

§ 5 Analyse der Entscheidungen

Veröffentlichte Entscheidungen finden sich auf dem Gebiete des Gewerberechts und des Straßenverkehrsrechts.

I. Gewerberechtliche, insbesondere gaststättenrechtliche Entscheidungen

1. Das OLG Hamm ¹⁾ mußte entscheiden, ob ein Gastwirt eine Ordnungswidrigkeit nach § 28 I Nr. 2 i.V.m. § 5 I Nr. 3 GastG begangen hatte, weil er einer ihm erteilten Auflage nicht vollständig nachgekommen war. Die Auflage lautete: "Sie haben Vorsorge zu treffen, daß auf der Verkehrsfläche in unmittelbarer Nähe Ihres Lokals keine Fahrräder, Mopeds und Fahrzeuge jeglicher Art durch Besucher Ihrer Gaststätte abgestellt werden".

a) Problematisch ist dieser Fall, wenn die Auflage fehlerhaft ist. Die Auflage kann fehlerhaft sein, wenn sie inhaltlich nicht hinreichend bestimmt ist ²⁾.

Das Gericht prüfte nur, ob der Verwaltungsakt nichtig ist; dies wurde verneint. Selbst wenn, so wird ausgeführt, eine größere Bestimmtheit hinsichtlich der vom Betroffenen erwarteten Maßnahmen erwünscht gewesen wäre, so sei ein solcher Mangel weder offenkundig noch derart schwerwiegend, daß die Unwirksamkeit der Auflage evident wäre. Der Zweck der Auflage sei klar. Der Gastwirt habe Vorsorge zu treffen, daß der Gehweg vor der Gaststätte nicht mit Fahrzeugen der Besucher verstellt werde. Offen sei allenfalls die Art der Ausführung; ein solcher Mangel führe aber nicht zur Nichtigkeit der Auflage. Der Ansicht des Gerichts,

1) Beschluß vom 27. Mai 1974, NJW 1974, 2245.

2) Vgl. Wolff-Bachof, VerwR I, § 50, II, d, 1; § 37 I VwVfG.

daß die Auflage wirksam ist, ist zuzustimmen. Ein Verwaltungsakt ist nämlich wegen inhaltlicher Unbestimmtheit in der Regel erst dann nichtig, wenn er gerade wegen der Unbestimmtheit völlig unausführbar ist ³⁾. Der Gastwirt konnte der Auflage aber in etwa entnehmen, was von ihm verlangt wurde.

Die Auflage ist jedoch rechtswidrig. Zunächst kann festgestellt werden, daß die Auflage insoweit unbestimmt ist, als in ihr nicht die Mittel angegeben sind, mit denen der Gastwirt die Verkehrsfläche in der Nähe seiner Gaststätte von den Fahrzeugen seiner Gäste freihalten soll. Ob ein Verwaltungsakt wegen Unbestimmtheit des Mittels fehlerhaft ist, ist umstritten ⁴⁾. Doch muß der Streit hier nicht entschieden werden, da die Auflage schon wegen Unbestimmtheit des Ziels fehlerhaft ist. Zwar ist oben ausgeführt worden, daß die Unbestimmtheit des Ziels der Auflage nicht so schwerwiegend und offenkundig ist, daß die Auflage nichtig ist. Doch bedeutet das nicht, das Ziel sei derart bestimmt, daß die Auflage insoweit fehlerfrei ist. Das Ziel eines Verwaltungsaktes, bei dem die Mittel unbestimmt sind, ist erst dann ohne Fehler hinreichend bestimmt angegeben, wenn der Verpflichtete dem Ziel des Verwaltungsaktes entnehmen kann, ob die eingesetzten Mittel das Ziel auch verwirklichen können. Daß nur unter diesen Voraussetzungen das Ziel eines Verwaltungsaktes hinreichend bestimmt ist, macht der Vergleich mit einem typischen Beispiel eines Verwaltungsaktes deutlich, bei dem lediglich die Mittel unbestimmt sind. Ein solcher Verwaltungsakt ist etwa die Auflage an den Gastwirt, die Musikbox nur so zu betreiben, daß in der Nachbarschaft der Lärmpegel eine bestimmte Phonzahl nicht überschreitet: Die Mittel sind unbestimmt. Der Gastwirt kann wählen, ob er die Box außer Betrieb setzt,

3) Forsthoff, VerwR, S. 249, FN 5.

4) Vgl. zu dem Streit im einzelnen Stumpp, DVBl. 1968, 330.

sie leiser einstellt oder die Räume besser isoliert. Das Ziel ist durch die angegebene Phonzahl fehlerfrei bestimmt. Der Gastwirt kann daraus nämlich genau entnehmen, ob die von ihm gewählten Mittel den vorgeschriebenen Lärmschutz bewirken. Anders liegt es im Ausgangsfall. Das Ziel der Auflage war es, "Vorsorge zu treffen", daß keine Fahrzeuge abgestellt werden. Dies ist kein Maßstab, an dem sich erkennen läßt, wann der Gastwirt zur Verwirklichung des Ziels genug getan hat. Das zeigt sich gerade an den tatsächlichen Umständen des Falles, in dem der Gastwirt schon einen Parkplatz angelegt, die Gäste ständig zum ordnungsgemäßen Parken aufgefordert und durch seine Angestellten die Zweiräder auf den Parkplatz hatte schaffen lassen. Gleichwohl sah die Behörde diese Maßnahmen nicht als genügende Vorsorge an. Die Unklarheit darüber, wann der Gastwirt die notwendige Vorsorge getroffen hat, kann nicht zu seinen Lasten gehen ⁵⁾. Die Auflage ist rechtswidrig.

b) Auf die Rechtswidrigkeit der Auflage ging das Gericht mit folgender Begründung nicht ein: "Kraft der Tatbestandswirkung hoheitlicher Akte sind selbst anfechtbare Verwaltungsakte solange als wirksam anzusehen, als sie nicht durch die zuständige Behörde oder ein Verwaltungsgericht aufgehoben sind. Demgemäß haben die Strafgerichte selbst bei einer möglichen Anfechtbarkeit des Verwaltungsaktes grundsätzlich von dessen Bestandskraft auszugehen. Eine Ausnahme davon ist nur dort zu machen, wo ein Verwaltungsakt nicht nur anfechtbar fehlerhaft, sondern sogar nichtig ist".

Der erste Satz dieser Ausführungen könnte so verstanden werden, als ob die Tatbestandswirkung der Grund für die Wirksamkeit eines anfechtbaren, also rechtswidrigen Verwaltungsaktes wäre. Doch kann dies nicht gemeint sein, da die Wirksamkeit eines rechtswidrigen

5) Vgl. Wolff-Bachof, VerwR I, § 50, II, d, 1.

Verwaltungsaktes auf einem gewohnheitsrechtlichen Rechtsatz des Allgemeinen Verwaltungsrechts beruht ⁶⁾. Unverständlich ist auch, wieso ein anfechtbarer Verwaltungsakt nur "als wirksam anzusehen", nicht aber voll und ganz wirksam ist. Der Sinn des Zitats ergibt sich erst aus der Folgerung im zweiten Satz, die Strafgerichte hätten von der Bestandskraft des Verwaltungsaktes auszugehen. Zwar ist der Satz in sich widersprüchlich, da ein Verwaltungsakt nur nach Eintritt der Unanfechtbarkeit bestandskräftig werden kann ⁷⁾. Doch dürfte mit der Bestandskraft des Verwaltungsaktes seine Wirksamkeit gemeint sein. Bei dieser Auslegung des Zitats wird deutlich, daß die Berufung auf die Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes das Argument dafür ist, daß das Gericht den Verwaltungsakt nur auf seine Wirksamkeit, nicht aber seine Rechtmäßigkeit hin überprüft. Was die Tatbestandswirkung aber eigentlich ist, bleibt offen. Deshalb begründet das Zitat auch nicht überzeugend, warum es gerade nur auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ankommen soll.

c) Da der Pächter durch die Auflage zu einem positiven Tun verpflichtet war, handelte es sich ordnungswidrigkeitenrechtlich um eine Unterlassungstat. Das Gericht prüfte deshalb, ob dem Pächter die Erfüllung der Auflage möglich und zumutbar war. Denn, so wird ausgeführt, wie jedes Handlungsgebot, so finde auch die vorliegende pflichtbegründende Auflage ihre Grenze in den Kriterien der Möglichkeit und Zumutbarkeit. Das Gericht beurteilt demnach die Möglichkeit und Zumutbarkeit der geforderten Handlung als Elemente zur Einschränkung der tatbestandlichen Handlungspflicht ⁸⁾. Die Durchsetzungsmöglichkeit und Zumutbarkeit der Auflage sind jedoch zugleich auch Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes. Die Verwaltungsbehörde

6) Vgl. Wolff-Bachof, VerwR I, § 50, I, b, 2.

7) Badura in Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 276 f; auf die Ungenauigkeit des Begriffs der Bestandskraft weisen Wolff-Bachof, VerwR I, § 52 I, c hin.

8) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, Vorbem. §§ 13 ff, Rdnr. 141 ff, 155 m.w.N..

hat nämlich bei Erlaß eines Verwaltungsaktes zu beachten, daß dem Verpflichteten die Erfüllung des Verwaltungsaktes tatsächlich sowie rechtlich möglich ⁹⁾ und für ihn nicht unzumutbar ¹⁰⁾ ist. Wegen der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes sah sich das Gericht aber daran gehindert, diese Kriterien schon als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Auflage zu prüfen. Die fehlende Durchsetzungsmöglichkeit oder die Unzumutbarkeit der Auflage hätten nämlich grundsätzlich nur zur Rechtswidrigkeit und nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes geführt. Da aber bei Unterlassungstaten die Möglichkeit und Zumutbarkeit des geforderten Verhaltens Voraussetzungen für die Verhängung der Geldbuße sind, werden diese Kriterien, allerdings unter einem anderen Etikett, doch geprüft. Demnach wird bei Unterlassungstaten die Reichweite der Tatbestandswirkung insoweit wieder eingeschränkt, als das Gericht die Möglichkeit und Zumutbarkeit des durch den Verwaltungsakt geforderten Verhaltens feststellt.

d) Das Gericht hob das Urteil des Amtsgerichts auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück. Das Amtsgericht sollte feststellen, ob dem Gastwirt die Erfüllung der Auflage zumutbar war. Es müsse geprüft werden, so wird ausgeführt, ob dem Betroffenen noch weitere Maßnahmen hätten zugemutet werden können, als er ohnehin schon vorgenommen habe. Das hänge davon ab, inwieweit der Gastwirt nicht nur die tatsächliche, sondern auch die rechtliche Macht habe, die Gäste zu zwingen, ihre Fahrzeuge ordnungsgemäß abzustellen. Dieses Kriterium gelte insbesondere für die Aufstellung eines Wachmannes vor dem Lokal. Würden sich die Störungen vor der Gaststätte nur auf wenige Stunden am Tage er-

9) Erbel, Die Unmöglichkeit, S. 117 ff; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. zu § 42, RdNr. 11.

10) Erbel, Die Unmöglichkeit, S. 136 ff.

strecken, so sei das Abstellen eines Wachmanns zumutbar, auch wenn er die Gäste nur tatsächlich auffordern könne, ihre Fahrzeuge ordnungsgemäß aufzustellen, zur Durchsetzung der Aufforderung aber keine Zwangsgewalt besitze. Dauerten die Störungen länger und sei deshalb zum Abstellen des Wachmanns evtl. die Einstellung von weiterem Personal erforderlich, so sei dies unzumutbar, zumal der Erfolg der Maßnahme ungewiß sei.

Wenn die Behörde angeordnet hätte, daß der Gastwirt durch Aufstellen eines Wachmanns für das ordnungsgemäße Abstellen der Fahrzeuge zu sorgen habe, so wäre die Auflage hinreichend bestimmt gewesen. Bei der Prüfung, welche konkreten Maßnahmen dem Gastwirt noch zugemutet werden können, soll das Amtsgericht Erwägungen anstellen, die die Verwaltungsbehörde bei Erlaß der Auflage unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit des Verwaltungsaktes hätte vornehmen müssen. Demnach wird die Geltung der sog. Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes insofern durchbrochen, als unter dem ordnungswidrigkeitsrechtlichen Kriterium der Zumutbarkeit der Handlung die verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Bestimmtheit des Verwaltungsaktes geprüft wird.

e) Schließlich weicht die Entscheidung noch an anderer Stelle von ihrem Ausgangspunkt ab. Es wird nämlich untersucht, ob sich die Auflage im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage des § 5 I Nr. 3 GastG hält. Selbst wenn die Auflage nicht durch die Ermächtigung ~~ge~~rechtfertigt wäre, weil sie etwa nicht den Zweck verfolgen würde, die Allgemeinheit vor erheblichen Belästigungen zu schützen, so wäre die Auflage deshalb grundsätzlich nur rechtswidrig, nicht aber nichtig; denn weder gehört es zu den besonderen gesetzlichen Nichtigkeitst¹¹⁾gründen, wenn ein Verwaltungsakt durch die Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt ist, noch ist dies grundsätzlich ein schwerer und offenkundiger ¹²⁾Fehler. Der Verstoß gegen einen Verwaltungsakt, der durch

11) Vgl. § 44 II VwVfG.

12) Vgl. § 44 I VwVfG; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. zu § 42, RdNr. 12 mit zahlreichen Rechtsprechungs^{nach}weisen; Forsthoff, VerwR, S. 244 f..

die Ermächtigung nicht gedeckt ist, kann den Tatbestand also grundsätzlich erfüllen.

2. Einen weiteren Fall zu § 28 I Nr. 2 i.V.m. § 5 I Nr. 3 GastG hat das BayObLG ¹³⁾ entschieden. Ein Barpächter hatte folgende Auflage nicht befolgt: "Der Barpächter hat einen Hausmeister vor der S-Bar ab 22 Uhr aufzustellen, der dafür sorgen muß, daß unnötiger ruhestörender Lärm durch die Gäste der S-Bar, z.B. Unterhaltung der Gäste vor dem Lokal, unnötiges Zuschlagen von Autotüren oder das Laufenlassen von Pkw-Motoren ... unterbunden wird".

a) Ob die Auflage rechtmäßig ist, kann nicht allein an Hand des Wortlauts der Auflage entschieden werden. Jedenfalls ist die Auflage hinreichend bestimmt, da der Pächter weiß, daß er durch Aufstellen eines Hausmeisters, der für Ruhe sorgen soll, die Auflage erfüllt. Wäre die Auflage rechtmäßig, so wäre die Frage nach der Tatbestandserfüllung allerdings unproblematisch. Deshalb soll von der Rechtswidrigkeit der Auflage ausgegangen werden. Die Rechtswidrigkeit läßt sich damit begründen, daß die Auflage unverhältnismäßig ist. Die Behörde hätte dem Pächter nämlich zunächst androhen können, sie werde die Sperrstunde vorziehen, wenn er seine Gäste nicht in geeigneter Weise zu einem ruhigen Verhalten veranlasse ¹⁴⁾. Dadurch wäre der Pächter weniger belastet worden.

b) Ob die Auflage rechtmäßig ist, ließ das Gericht mit folgender Begründung dahingestellt: "Es besteht in Rechtsprechung und Schrifttum Übereinstimmung, daß die ordentlichen Gerichte grundsätzlich, abgesehen von einzelnen Sonderfällen, an Verwaltungsakte gebunden sind, wenn sie nicht nichtig sind (Tatbestandswirkung). Sie haben daher in aller Regel Verwaltungsakte nur auf

13) Urteil vom 24. Juni 1971, NJW 1971, 1815.

14) Ebenso Heinrich, Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 24. Juni 1971 (NJW 1971, 1815) in: GewArch. 1971, 270.

ihre Wirksamkeit, d.h. auf das Fehlen von Nichtigkeitsgründen, nicht aber auf sonstige rechtliche Mängel zu überprüfen; erst recht unterliegen ihrer Nachprüfung nicht die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsaktes".

Diesen Formulierungen läßt sich schon mehr über die Tatbestandswirkung entnehmen als aus dem entsprechenden Zitat des OLG Hamm. So führt die Tatbestandswirkung zur Bindung der ordentlichen Gerichte an Verwaltungsakte. Demnach haben also nicht nur die Strafgerichte bei der Anwendung eines Straftatbestandes oder einer Ordnungswidrigkeit von der Wirksamkeit des präjudiziellen Verwaltungsaktes auszugehen, sondern auch die Zivilgerichte, soweit ihre Entscheidungen vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes abhängen. Das wird durch zahllose zivilrechtliche Entscheidungen bestätigt, in denen die Zivilgerichte einen präjudiziellen Verwaltungsakt nur auf die Wirksamkeit hin überprüft haben ¹⁵⁾. Für die Frage nach den Anforderungen an den Verwaltungsakt scheint also nicht die Auslegung der Strafrechtsnorm, der Ordnungswidrigkeit oder des Zivilrechtssatzes maßgebend zu sein. Vielmehr folgt die Beantwortung der Frage aus der mit dem Begriff "Tatbestandswirkung" beschriebenen Eigenschaft des Verwaltungsaktes. Diese Feststellung wird dadurch bestätigt, daß es in der Entscheidung nicht heißt, nur die Wirksamkeit, nicht aber die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes sei Voraussetzung der Ordnungswidrigkeit, sondern das Gericht sei an die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes gebunden. Der Ausdruck "Bindung" zeigt, daß bei der Bestimmung der Anforderungen an den Verwaltungsakt nicht vom Sinn und Zweck des Tatbestandes her argumentiert wird. Inwiefern es dem Sinn und Zweck der Ordnungswidrigkeit aber entspricht, daß der Verwaltungsakt nur wirksam sein muß, wird nicht ausgeführt.

15) Vgl. BGHZ 4, 302 (307); 9, 129 (131 f); BGH, NJW 1957, 1402 (1403); BayObLGZ 1962, 121 (122); 1964, 127 (128).

c) Es handelt sich in diesem Fall - wie in der Entscheidung des OLG Hamm - um eine Unterlassungstat. Das Gericht prüfte auch hier, ob dem Pächter die Erfüllung der Auflage möglich war. Doch wurde die Frage nicht - wie bei Unterlassungstaten üblich und wie in der Entscheidung des OLG Hamm geschehen - unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung der tatbestandlichen Handlungspflicht erörtert. Vielmehr erfolgte die Untersuchung mit dem Ziel festzustellen, ob die Auflage nichtig ist. Ob ein Verwaltungsakt, der vom Adressaten wegen Unmöglichkeit nicht ausgeführt werden kann, zu Recht als nichtig angesehen werden darf, mag dahinstehen ¹⁶⁾. Jedenfalls hielt sich das Gericht an den Ausgangspunkt des Urteils, wonach es nur die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes überprüfen durfte. Demnach wird in dem Urteil der Grundsatz der Tatbestandswirkung durch die Erörterung, ob die Erfüllung der Auflage unmöglich war, nicht durchbrochen.

d) Schließlich fällt auf, daß das Gericht in großem Umfang die Auflage auf Fehler überprüfte, die grundsätzlich nur zur Rechtswidrigkeit, nicht aber zur Nichtigkeit führen.

So erörterte das Gericht zuerst, ob die Auflage nicht wegen Verstoßes gegen bestimmte Grundrechte nichtig sei ¹⁷⁾, verneinte aber eine Verletzung von Grundrechten. Das ist zwar folgerichtig, da das Gericht davon ausging, eine Grundrechtsverletzung führe zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes. Doch ist nicht jeder Grundrechtsverstoß ein Nichtigkeitsgrund ¹⁸⁾. Vielmehr

16) Vgl. im einzelnen Erbel, Die Unmöglichkeit, S. 117 ff; Kopp, VwVfG, § 44, Anm. 6, d.

17) NJW 1971, 1815 (1816 unter b, aa).

18) Das Gericht beruft sich für die gegenteilige Ansicht zu Unrecht auf Forsthoff (VerwR, 9. Aufl., 1966), S. 209 und Wolff (VerwR I, 8. Aufl., 1971), § 51, III. Forsthoff sagt an der zitierten Stelle nichts über die Folge des Grundrechtsverstoßes und Wolff sieht nicht schon in jedem Grundrechtsverstoß einen Nichtigkeitsgrund.

ist dies nur bei einem besonders schweren und bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundigen Fehler der Fall ¹⁹⁾. Die Ausführungen zum Grundrechtsverstoß waren also entbehrlich ²⁰⁾.

Sodann prüfte das Gericht, ob die Auflage wegen Unausführbarkeit nichtig sei ²¹⁾. Die konkreten Erwägungen, die unter dieser Ausgangsfrage angestellt werden, gehören jedoch zum größten Teil nicht unter diesen Obersatz. So meinte das Gericht in einem ersten Gedanken, die Auflage hätte nur erlassen werden dürfen, wenn die beim Gaststättenbetrieb anfallenden Geräusche das den Anwohnern zumutbare Maß überschritten und die erheblichen Belästigungen und Nachteile gerade im Zusammenhang mit dem Gaststättenbetrieb gestanden hätten. Ob die Geräusche jedoch das zumutbare Maß überschritten haben, ist für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "erheblich" in § 5 I Nr. 3 GastG, nicht aber für die Ausführbarkeit der Auflage von Bedeutung; daß die Belästigungen und Nachteile in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gaststättenbetrieb gelegen haben müssen, ergibt sich aus Sinn und Zweck der Ermächtigung in § 5 GastG und hat ebenfalls nichts mit der Ausführbarkeit des Verwaltungsaktes zu tun. Wären diese Voraussetzungen nicht gegeben gewesen, so wäre die Auflage nur rechtswidrig, jedenfalls nicht nichtig gewesen. Die Ausführungen waren also unnötig. In einem weiteren Gedanken prüfte das Gericht, ob es nicht Sache der Polizei gewesen sei, anstelle der Ordnungsbehörde für Ruhe vor der Gaststätte zu sorgen. Auch wenn das richtig gewesen wäre, so wäre die Auflage ebenfalls nur rechtswidrig gewesen.

19) § 44 I VwVfG.

20) Ebenso Heinrich, Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 24. Juni 1971 (NJW 1971, 1815) in: GewArch. 1971, 269 (270).

21) NJW 1971, 1815 (1817 unter b, bb).

Schließlich ist nicht einzusehen, warum am Schluß der Entscheidung besonders betont wird, die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes würden vom Strafgericht nicht überprüft ²²⁾. Die Notwendigkeit des Verwaltungsaktes ist nämlich ein besonderes Kriterium für seine Verhältnismäßigkeit. Die Nichtbeachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führt aber in der Regel nur zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes schließlich gehört nicht einmal zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsaktes ²³⁾.

3. 1934 hatte das BayObLG ²⁴⁾ die Frage zu entscheiden, ob sich ein Gastwirt nach § 29 Ziff. 1 i.V.m. § 11 I des GastG vom 28. April 1930 ²⁵⁾ strafbar gemacht hatte, weil er der Auflage nicht nachgekommen war, an bestimmte trunksüchtige Personen keinen Alkohol mehr auszugeben. Das Gericht führte aus, eine Bestrafung könne nur erfolgen, wenn das im Gesetz beim Erlaß der Auflage vorgeschriebene Verfahren eingehalten und die Auflage durch die Ermächtigungsnorm des § 11 I GastG (1930) gedeckt sei. Wenn das nicht der Fall sei, sei die Auflage "unzulässig und unwirksam". Diese Prüfung obliege dem Strafrichter, dagegen stehe ihm nicht "die Nachprüfung der Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit und Ausführbarkeit der Anordnung" zu.

22) NJW 1971, 1815 (1818 unter c).

23) Wolff-Bachof, VerwR I, § 51, VIII.

24) Urteil vom 19. April 1934, JW 1934, 2266 Nr. 1.

25) §§ 29 Ziff. 1, 11 I GastG vom 28. April 1930 (RGBl I S. 146) entsprechen §§ 28 I Nr. 2, 5 GastG vom 5. Mai 1970 (BGBl I S. 465).

a) Die Entscheidung entspricht im Grundsatz den schon erörterten Entscheidungen, da eine Bestrafung nicht erfolgen soll, wenn der Verwaltungsakt "unzulässig und unwirksam", d.h. nichtig ist. Zwar wird der Grundsatz der Tatbestandswirkung nicht erwähnt. Es wird aber auch hier - wie bei den Entscheidungen, die sich auf die Tatbestandswirkung berufen - zwischen solchen Fehlern der Auflage unterschieden, die die Erfüllung des Tatbestandes hindern, und anderen, die der Strafrichter nicht nachprüft.

b) Auffällig ist jedoch, daß das Gericht die Unwirksamkeit (=Nichtigkeit) der Auflage aus solchen Fehlern herleitete, die nach damaliger verwaltungsrechtlicher Beurteilung zum Teil nicht als Nichtigkeitsgründe anerkannt waren. So meinte das Gericht, die Auflage sei schon aus formellen Gründen nichtig, weil sie nicht schriftlich erteilt, nicht begründet und auch mit keiner Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen sei. Nach damaliger verwaltungsrechtlicher Auffassung führte nur die fehlende, in § 18 Nr. 1 GastG (1930) zwingend vorgeschriebene Schriftform der Auflage zur Nichtigkeit ²⁶⁾. Die fehlende Begründung hatte nur Rechtswidrigkeit zur Folge ²⁷⁾, während die fehlende Rechtsmittelbelehrung nur den Lauf der Rechtsmittelfrist verlängerte ²⁸⁾. Das Gericht sah auch den inhaltlichen Fehler der Auflage als Nichtigkeitsgrund an. Dieser lag nach Ansicht des Gerichts darin, daß die Auflage nicht durch die Ermächtigungsgrundlage gedeckt war. Nach § 11 I GastG (1930) durften dem Gastwirt nur solche Auflagen erteilt werden, durch welche Gefahren abgewehrt werden, die gerade mittelbar aus dem Betrieb der Gaststätte herrühren.

26) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 203 f; W. Jellinek, VerwR, S. 269; Michel, GastG, § 18, Anm. III, 2.

27) Vgl. W. Jellinek, VerwR. S. 270; Michel, GastG, § 18, Anm. III, 3, a.

28) Vgl. W. Jellinek, VerwR, S. 270, Michel, GastG, § 18, Anm. III, 3, b.

Die fragliche Auflage schützt nach Ansicht des Gerichts zu Recht in erster Linie die Trunksüchtigen vor der Gefahr ihrer eigenen Trunksucht. Eine solche Auflage durfte auf Grund des § 11 I GastG (1930) nicht erlassen werden, da die Trunksucht der Betroffenen keine unmittelbar aus dem Betrieb der Gaststätte herrührende Gefahr darstellt. Außerdem weist das Gericht zu Recht darauf hin, daß der Schutz einzelner Personen gegen Trunksucht deshalb nicht durch eine Auflage nach § 11 I GastG (1930) erstrebt werden durfte, weil das Gaststättengesetz zum Schutz einzelner Personen vor eigener Gefährdung in § 16 I Nr. 3 GastG (1930) eine abschließende Regelung getroffen hatte, wonach die Verabreichung von geistigen Getränken nur an Betrunkene verboten war. Der Fehlerhaftigkeit der Auflage steht auch nicht entgegen, daß die Auflage zugleich neben den Trunksüchtigen die Allgemeinheit vor Gefahren durch Trunksüchtige schützt, da insoweit von der Gaststätte allenfalls eine mittelbare Gefahr ausgeht. Nach heutiger verwaltungsrechtlicher Sicht dürfte in der fehlerhaften Anwendung der Ermächtigungsgrundlage allein aber noch kein Nichtigkeitsgrund gesehen werden ²⁹⁾, da die fehlerhafte Anwendung einer Ermächtigungsgrundlage nicht zu den gesetzlich aufgeführten Nichtigkeitsgründen gehört ³⁰⁾ und auch in der Regel kein schwerer und offenkundiger Fehler ist ³¹⁾. Es kann also festgestellt werden, daß das Strafgericht sowohl im Vergleich zur früheren als auch zur heutigen verwaltungsrechtlichen Lehre die Nichtigkeitsgründe ausgedehnt hat. Dahingestellt mag bleiben, ob der Freispruch nicht deshalb zu Recht erfolgt ist, weil die Auflage wegen der Summe aller Fehler nichtig war.

29) Michel/Kienzle, GastG, § 5, Rdnr. 3.

30) Vgl. § 44 II VwVfG.

31) Vgl. § 44 I VwVfG sowie FN 12.

4. Eine weitere Entscheidung erging 1896 vom Reichsgericht ³²⁾ auf dem Gebiete des Gewerbeerchts. Ein Gewerbeunternehmer war der Anordnung der zuständigen Behörde nicht nachgekommen, für seine Arbeiter angemessene Schlaf- und Aufenthaltsräume zu schaffen; er konnte sich deshalb nach § 147 Nr. 4 GewO ³³⁾ strafbar gemacht haben. Das Gericht prüfte, ob die Anordnung "im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften" ergangen war und meinte damit, ob sie durch die Ermächtigungsgrundlage gedeckt war. Dies wurde bejaht. Auch an diesem Fall zeigt sich also, daß der Verwaltungsakt vom Strafrichter in weit größerem Umfang nachgeprüft wurde als dies heute bei der Berufung der Strafgerichte auf die Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes notwendig ist. Danach erfüllt der Verstoß gegen einen Verwaltungsakt, der durch die Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt ist, nämlich in der Regel den Tatbestand, da der Verwaltungsakt in diesem Fall grundsätzlich nur rechtswidrig, nicht aber nichtig ist. Doch bestätigt sich in dieser Entscheidung ebenfalls, daß zwischen solchen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes unterschieden wurde, die zur Tatbestandserfüllung vorliegen müssen, und solchen, auf die es nicht ankommt. Zu letzteren zählt das Gericht die "Ausführbarkeit, Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" des Verwaltungsaktes.

32) Urteil vom 18. Juli 1896, RGSt 29, 30.

33) Der Tatbestand bezieht sich auf die "Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund" vom 21. Juni 1869 (BGBl S. 245) i.d.F. vom 1. Juni 1891 (RGBl S. 261).

II. Verkehrsrechtliche Entscheidungen

Die meisten Entscheidungen zu sanktionsbewehrten Verwaltungsakten sind auf dem Gebiete des Straßenverkehrsrechts veröffentlicht.

1. Zu den besonders häufig vorkommenden sanktionsbewehrten Verwaltungsakten im Straßenverkehrsrecht gehören die Vorschriftzeichen nach § 41 StVO; sie enthalten Gebote und Verbote wie etwa das Stoppschild ³⁴⁾, die Überholverbotszeichen ³⁵⁾ oder die Halteverbotszeichen ³⁶⁾. Nach § 24 StVG i.V.m. § 49 III Nr. 4 StVO handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 41 StVO eine durch ein Vorschriftzeichen gegebene Anordnung nicht befolgt. Ein großer Teil der Entscheidungen betrifft Zuwiderhandlungen gegen ein Parkverbotszeichen mit Ausnahmevorbehalt zugunsten der Fahrzeuge bestimmter Verkehrsteilnehmer ³⁷⁾. Es handelte sich um Ausnahmevorbehalte für Fahrzeuge von Diplomaten ³⁸⁾, der Anwohner einer Straße ³⁹⁾, der Staatsanwaltschaft ⁴⁰⁾, der Post ⁴¹⁾ sowie zugunsten von Gerichtsbesuchern mit Parkausweis ⁴²⁾. In diesen Fällen beriefen sich die Beschuldigten darauf, das Parkverbot sei rechtswidrig, da es nicht der "Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs" i.S.d. § 4 I 1 StVO a.F. ⁴³⁾ diene.

34) § 41 II Nr. 1 b Zeichen 206 StVO.

35) § 41 II Nr. 7 Zeichen 276 und 277 StVO.

36) § 41 II Nr. 8 Zeichen 283 und 286 StVO.

37) Die Entscheidungen ergingen zu § 21 des StVG vom 19. Dezember 1952 (BGBl I S. 837) i.V.m. §§ 3, 16 der StVO vom 29. März 1956 (BGBl I S. 327).

38) OLG Hamburg, NJW 1972, 66; NJW 1970, 2037; VerkMitt. 1967, 86; OLG Frankfurt, NJW 1967, 1917.

39) OLG Karlsruhe, NJW 1967, 1625.

40) OLG Celle, NJW 1967, 1623.

41) OLG Hamm, VRS 30, 478.

42) OLG Stuttgart, NJW 1967, 122.

43) Die Formulierung in § 4 I 1 der StVO vom 29. März 1956 (BGBl I S. 327) entspricht ohne sachliche Änderung der Neufassung "Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs" in § 4 I 1 der StVO vom 16. November 1970 (BGBl I S. 1565).

Die Anordnung des Parkverbots ist rechtswidrig, wenn sie nur dazu erlassen worden ist, durch den beigefügten Ausnahmeverbehalt Parkraum für Behördenfahrzeuge zu schaffen. Denn eine Bevorzugung von Behördenfahrzeugen durch zu ihren Gunsten erlassene Parkverbote ist der Straßenverkehrs-Ordnung fremd ⁴⁴⁾. Das Interesse der Behörde an Parkraum für ihre Fahrzeuge ist nämlich nicht gleichbedeutend mit der Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs.

2. Seit sich in der Rechtsprechung die Ansicht durchzusetzen begann, die Vorschriftzeichen seien Verwaltungsakte, berufen sich die Gerichte bei der Überprüfung der Verkehrszeichen auf die Tatbestandswirkung ⁴⁵⁾. Dabei wird eine im Grundsätzlichen ähnliche Formulierung verwandt, die keine weiteren Erkenntnisse hergibt als die, welche schon bei den gaststättenrechtlichen Entscheidungen erörtert worden sind.

In diesem Zusammenhang ist deshalb nur eine Entscheidung des OLG Frankfurt ⁴⁶⁾ erwähnenswert. Das Gericht sah die Anordnung eines Parkverbots mit Ausnahmeverbehalt für Konsulatsfahrzeuge als nichtig an. Es begründete seine Ansicht damit, daß das Bundesverwaltungsgericht in einem früheren Urteil ⁴⁷⁾ unter Bestätigung der entsprechenden Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte das Parkverbot zugunsten von Behördenfahrzeugen wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben habe und inzwischen genügend Zeit vergangen sei, daß sich die Straßenverkehrsbehörden darauf hätten einstellen können. Boergen ⁴⁸⁾ hat zu Recht nachgewiesen, daß diese Argumentation nicht haltbar ist. Der Fehler ist nämlich nicht schwer, da die

44) BVerwG, NJW 1967, 1627 (1629).

45) OLG Hamburg, NJW 1972, 66; NJW 1970, 586; OLG Frankfurt, NJW 1969, 1918; OLG Karlsruhe, NJW 1967, 1625; OLG Stuttgart, NJW 1967, 122; OLG Hamm, VRS 30, 479.

46) Beschluß vom 20. Juni 1969, NJW 1969, 1917.

47) BVerwG, NJW 1967, 1627.

48) Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 20. Juni 1969 (NJW 1969, 1917) in: NJW 1970, 208.

Straßenverkehrs-Ordnung a.F. auch eingeschränkte Parkverbote zuließ⁴⁹⁾. Durch die höchstichterliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bekam der Fehler ebenfalls nicht ein solches Gewicht, wie es für den Eintritt der Nichtigkeit erforderlich ist. Es gab nämlich auch entgegengesetzte Entscheidungen der Rechtsprechung⁵⁰⁾. Daraus folgt zugleich, daß der Fehler des Verwaltungsaktes nicht offenkundig war. Nicht einmal der fachkundige Jurist hätte nämlich die Fehlerhaftigkeit ohne weiteres erkannt; dies machen gerade auch die langen Ausführungen des Urteils zur Offenkundigkeit des Fehlers deutlich. Demnach war die Anordnung des Parkverbots mit Ausnahmeverbehalt zugunsten von Konsulatsfahrzeugen nur rechtswidrig, aber nicht nichtig. Verständlich wird die Entscheidung des OLG Frankfurt nur aus dem Bestreben, den Angeklagten freisprechen zu wollen. Das war aber angesichts des Grundsatzes der Tatbestandswirkung nur möglich, wenn man die Anordnung des Parkverbots als nichtig ansah. Deshalb war das Gericht gezwungen, die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes anzunehmen.

3. Die Rechtsprechung beruft sich teilweise auch auf den Sinn und Zweck des Tatbestandes, um zu begründen, daß die einem regelnden Verkehrszeichen zugrunde liegende Anordnung für die Tatbestandserfüllung nur wirksam, nicht aber auch rechtmäßig sein muß.

a) So wird betont, es könne dem einzelnen Verkehrsteilnehmer nicht zur Entscheidung überlassen bleiben, ob er das Verkehrszeichen beachte, wenn er es für rechtswidrig halte, anderenfalls würde nämlich jegliche Ordnung im Straßenverkehr aufgelöst⁵¹⁾. Dahinter steckt der Gedanke, daß der Verkehrsteilnehmer das Risiko

49) Vgl. Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht, § 16 StVO, Anm. 3, b.

50) BayObLG, NJW 1966, 682; OLG Hamm, VRS 30, 478; OLG Karlsruhe, NJW 1967, 1625; OLG Celle, NJW 1967, 1623; OLG Stuttgart, NJW 1967, 122.

51) OLG Hamburg, NJW 1972, 66; OLG Karlsruhe, NJW 1967, 1625.

der Ahndung auch dann tragen soll, wenn er den Verwaltungsakt nicht befolgt, weil er ihn für rechtswidrig hält.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Soll im Ergebnis mit der Rechtsprechung erreicht werden, daß auch gegen den Verkehrsteilnehmer eine Geldbuße verhängt werden kann, der das Zeichen nicht beachtet, weil er es für rechtswidrig hält, so zwingt dies nicht schon zu der Annahme, es dürfte nur auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ankommen. Es wäre noch zu überlegen, ob die Rechtmäßigkeit des mißachteten Verwaltungsaktes Voraussetzung der Ordnungswidrigkeit sein könnte, ohne daß damit die Entscheidung über die Beachtlichkeit des Verwaltungsaktes in die Hände des Verkehrsteilnehmers gelegt wäre. Wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nämlich objektive Bedingung der Ahndbarkeit wäre, so könnte einerseits die Geldbuße nur bei Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes verhängt werden, andererseits würde der Verkehrsteilnehmer durch die Vorstellung, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt habe er nicht befolgen müssen, nicht entlastet. Denn diese Vorstellung wäre ein unbeachtlicher Irrtum. Ein Tatbestandsirrtum kann nicht vorliegen. Aber auch ein Verbotsirrtum wird meistens nicht gegeben sein. Der Verkehrsteilnehmer, der die Anordnung eines Verkehrszeichens für rechtswidrig hält, dürfte in der Regel gleichwohl das Bewußtsein haben, Unerlaubtes zu tun, wenn er das Verkehrszeichen mißachtet, da die meisten Verkehrsteilnehmer tatsächlich davon ausgehen dürften, daß das Unrecht in der Zuwiderhandlung gegen ein wirksam aufgestelltes Verkehrszeichen liegt.

b) Gelegentlich wird darauf abgestellt, daß es nicht mit der Sicherheit im Straßenverkehr vereinbar wäre, wenn jedes objektiv rechtswidrige Verkehrszeichen unabhängig vom Grad der Fehlerhaftigkeit unwirksam wäre und deshalb bei einer Zuwiderhandlung eine Geldbuße

nicht verhängt werden könnte ⁵²⁾.

Diese Argumentation überzeugt schon eher. Es wäre nämlich in der Tat mit der Sicherheit im Straßenverkehr unvereinbar, wenn Zuwiderhandlungen gegen rechtswidrige Verwaltungsakte nicht mit Geldbuße geahndet werden könnten. Doch ist mit dieser Argumentation nur schwer vereinbar, daß die Zuwiderhandlungen gegen die durch Verkehrszeichen getroffenen nichtigen Anordnungen nicht sanktionsbewehrt sein sollen, wie dies die Rechtsprechung unter Berufung auf die Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte vertritt. Denn auch nichtige verkehrsregelnde Verwaltungsakte schaffen für die Verkehrsteilnehmer einen Vertrauenstatbestand, dessen Mißachtung mit der Sicherheit im Straßenverkehr meistens nicht vereinbar ist.

3. Für die Ansicht, ein Verstoß gegen einen nichtigen Verwaltungsakt könne den Tatbestand nicht erfüllen, macht die Rechtsprechung auch andere Gründe als nur die Berufung auf die Tatbestandswirkung geltend. So beruft sich das BayObLG ⁵³⁾ auf verfassungsrechtliche Gründe. Es führt aus, eine Gesetzesbestimmung, welche die Bindung des Strafrichters an eine behördliche Anordnung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit festlege, sei mit dem in Art. 92 I, 97 I, 100 GG verankerten richterlichen Prüfungsrecht unvereinbar und deshalb nichtig. Eine Pflicht zur Befolgung einer unwirksamen Anordnung verstoße auch gegen Art. 19 IV GG; es gehe nicht an, daß der Verkehrsteilnehmer im Verwaltungsrechtsweg gegen die Anordnung vorgehen könne, der Strafrichter jedoch weder die Gültigkeit der Anordnung noch das Urteil des Verwaltungsgerichts zur Notiz nehme.

52) OLG Frankfurt, NJW 1969, 1918

53) Urteil vom 30. März 1965, NJW 1965, 1973 (1977).

§ 6 Folgerungen aus den Entscheidungen

I. Der Grundsatz

Den strafgerichtlichen Entscheidungen kann für die sanktionsbewehrten Verwaltungsakte der Grundsatz entnommen werden, daß nur die Zuwiderhandlung gegen einen wirksamen, nicht aber gegen einen nichtigen Verwaltungsakt den Tatbestand erfüllt. Die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes steht demnach der Tatbestandserfüllung grundsätzlich nicht entgegen, sofern sie nicht gerade zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes führt. Die Rechtsprechung begründet diesen Grundsatz mit verschiedenen Argumenten:

1. Tatbestandswirkung

Die neuere Rechtsprechung beruft sich auf die Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte. Dabei wird folgende, im Grundsätzlichen übereinstimmende, im einzelnen voneinander abweichende Formulierung verwandt: "Rechtswidrige Verwaltungsakte sind wirksam und grundsätzlich kraft der Tatbestandswirkung hoheitlicher Akte von den ordentlichen Gerichten als bestehend hinzunehmen und zu beachten, solange sie nicht im Verwaltungswege oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben werden. Unwirksam mit der Folge, daß sie von niemandem beachtet werden müssen und auch die ordentlichen Gerichte nicht binden, sind fehlerhafte Verwaltungsakte nur, wenn sie nichtig sind".

Aus dieser Formel läßt sich folgendes schließen:

a) Die Anforderungen an die Fehlerfreiheit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes sollen von der mit der sog. Tatbestandswirkung beschriebenen Eigenschaft der Verwaltungsakte abhängen. In welchem Tatbestand der Verwaltungsakt Voraussetzung ist, scheint dabei keine Rolle zu spielen.

b) Auch wenn die erörterten Entscheidungen nur Fälle aus dem Gewerbe- und dem Straßenverkehrsrecht betrafen , so ist dennoch anzunehmen, daß sich die Rechtsprechung bei anderen Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten ebenfalls auf die Tatbestandswirkung berufen würde. Die Tatbestandswirkung wird von der Rechtsprechung nämlich als eine allen Verwaltungsakten zukommende Eigenschaft verstanden.

2. Sinn und Zweck der Tatbestände

a) Soweit sich die Rechtsprechung bei den Verkehrszeichen auf den Sinn und Zweck der Tatbestände, nämlich die Verkehrssicherheit zu schützen, beruft, folgt daraus zwar, daß es nicht auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ankommen kann; es wird aber nicht ersichtlich, warum entsprechend der sog. Tatbestandswirkung nichtige Verwaltungsakte den Tatbestand nicht erfüllen sollen. Deshalb muß nach einer einheitlichen, alle Fehlergrade des Verwaltungsaktes erfassenden Lösung gesucht werden.

b) Außerdem muß auch bei den anderen Tatbeständen gefragt werden, welche Anforderungen nach Sinn und Zweck des jeweiligen Tatbestandes an den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt zu stellen sind.

3. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Nur selten, wie im Fall des nichtigen Verkehrszeichens, begründet die Rechtsprechung ihre Ansicht mit verfassungsrechtlichen Gründen. Sie müssen auch für alle anderen sanktionsbewehrten Verwaltungsakte gelten. Außerdem ist zu fragen, ob das Verfassungsrecht nicht auch Kriterien für die Beantwortung der Frage bietet, ob der Verwaltungsakt nur wirksam oder darüberhinaus sogar rechtmäßig sein muß.

II. Die Ausnahmen

Der Grundsatz, daß es nur auf die Wirksamkeit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes ankommt, wird von der Rechtsprechung durchbrochen.

1. Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe

a) An den älteren gewerberechtlichen Entscheidungen ¹⁾ hat sich gezeigt, daß die Strafgerichte die Nichtigkeitsgründe für Verwaltungsakte weiter ausgedehnt haben, als dies nach damaliger und heutiger verwaltungsrechtlicher Meinung geboten war. Dabei fiel besonders auf, daß geprüft wurde, ob der Verwaltungsakt von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt war. Wenn das nicht der Fall war, sollte der Verstoß gegen einen durch die Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckten Verwaltungsakt den Tatbestand nicht erfüllen. Nach heutiger Ansicht macht ein solcher inhaltlicher Fehler den Verwaltungsakt dagegen grundsätzlich nur rechtswidrig, aber nicht nichtig und steht der Tatbestandserfüllung nicht entgegen. Aber auch die heutige Strafrechtsprechung ²⁾ hat die Nichtigkeitsgründe erweitert. Durch die Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe wird der Grundsatz, nach dem der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt zur Tatbestandserfüllung wirksam sein muß, zwar formal nicht durchbrochen; denn die Rechtsprechung erklärt nur weitere Fehler zu Nichtigkeitsgründen. Doch wird inhaltlich der Umfang der Fehler ausgedehnt, die das Strafgericht bei Verwaltungsakten prüft und für beachtlich hält.

b) Es ist anerkannt, daß der Umfang der Nichtigkeitsgründe bei Verwaltungsakten vom gegebenen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte abhängt ³⁾. Solange es gegen Verwaltungsakte keinen allumfassenden Rechtsschutz gab, nahmen die ordentlichen Gerichte den Rechts-

1) Vgl. BayObLG, JW 1934, 2266 Nr. 1; RGSt 29, 50.

2) Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1969, 1917.

3) Vgl. Jesch, Die Bindung, S. 124 f in FN 10; Winkler, Die absolute Nichtigkeit, S. 34 f.

schutz gegenüber Verwaltungsakten in größerem Umfang wahr als heute, indem sie die Kompetenz zur Überprüfung der Verwaltungsakte an sich zogen ⁴⁾. Das kann heute nicht mehr gelten. Gegen Verwaltungsakte gibt es wegen der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel des § 40 VwGO ausreichenden Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten. Deshalb besteht kein Grund mehr für die ordentlichen Gerichte, die Nichtigkeitsgründe auszudehnen. Geht man mit der strafgerichtlichen Rechtsprechung davon aus, der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt dürfe nur auf Nichtigkeitsgründe hin überprüft werden, so muß sie die grundsätzliche Kontrolle der Verwaltungsakte durch die Verwaltungsgerichte beachten und darf Verwaltungsakte nicht über die anerkannten Gründe hinaus als nichtig ansehen ⁵⁾.

2. Besonderheiten der Unerlassungstaten

Bei Unterlassungstaten findet die Handlungspflicht ihre Grenze in der Möglichkeit und Zumutbarkeit des gebotenen Verhaltens ⁶⁾. Diese Kriterien sind zugleich Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Verwaltungsakte. Ihr Fehlen führt grundsätzlich nur zur Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakte. Da es auf Grund der Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte bei den sanktionsbewehrten Verwaltungsakten nicht auf die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte ankommt, der Strafrichter bei den Unterlassungstaten aber dennoch die Möglichkeit und Zumutbarkeit des gebotenen Verhaltens prüft, wird die Tatbestandswirkung insoweit durchbrochen. Insbesondere das Kriterium der Zumutbarkeit des gebotenen Verhaltens kann als Einfallstor für die Beachtung der verschiedensten Fehler eines sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes dienen. Doch ist die Durchbrechung der Tatbestandswirkung bei den Unterlassungstaten im Gegensatz zu

4) W. Jellinek, VerwR, S. 248 f., 293.

5) Ebenso Jesch, Die Bindung, S. 125 für Verwaltungsakte, die für Zivilgerichte präjudiziell sind.

6) Zum Streit über die dogmatische Einordnung der Kriterien der Möglichkeit und Zumutbarkeit des gebotenen Verhaltens bei Unterlassungstaten vergleiche: Schönke-Schröder, StGB, Vorbem. §§ 13 ff, RdNr. 155. Auf diesen Streit kommt es hier nicht an.

den Begehungsdelikten sachlich berechtigt, da es grundsätzlich jedermann eher möglich und zumutbar ist, ein Verhalten zu unterlassen als aktiv zu handeln ⁷⁾, so daß die Zumutbarkeit und Möglichkeit des gebotenen Verhaltens zu Recht zusätzliche Kriterien bei den Unterlassungstaten sind.

7) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, Vorbem. §§ 13 ff.
Rdnr. 143, 155.

3. Kapitel Die Bindung an den Verwaltungsakt

Bei der Berufung der Rechtsprechung auf die Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes könnte es sich nur um eine Scheinbegründung, möglicherweise aber auch um die bloß verkürzte Wiedergabe einer richtigen Erkenntnis handeln. Schon 1961 hatte Hauelsen ¹⁾ festgestellt, Begriff und Inhalt der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes seien nicht klar umrissen. Es fehlt allerdings auch heute noch an einer ausführlichen Auseinandersetzung mit diesem Begriff ²⁾. Jedenfalls scheint festzustehen, daß die Tatbestandswirkung eine Antwort auf die Frage geben soll, wie sich ein Gericht, insbesondere hier das Strafgericht, zu einem präjudiziellen Verwaltungsakt zu stellen hat, mit anderen Worten, welche rechtlichen Anforderungen es an den Verwaltungsakt stellen muß. Dazu heißt es in der Literatur, die Verhaltenspflicht des Gerichts gegenüber dem präjudiziellen Verwaltungsakt bestehe darin, ihn zu respektieren ³⁾, anzuerkennen ⁴⁾, hinzunehmen ⁵⁾, dem eigenen Handeln zugrunde zu legen ⁶⁾ oder an ihn gebunden ⁷⁾ zu sein. In der wissenschaftlichen Diskussion wurde zuerst die Tatbestandswirkung gerichtlicher Urteile erörtert ⁸⁾ (vgl. § 7). Die dabei gewonnenen Erkenntnisse haben sich auf das Verständnis der Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte ausgewirkt. Bei der Tatbestands-

1) Hauelsen, DÖV 1961, 121 (127).

2) Darauf hat zuletzt Krause, Rechtsformen, S. 83 hingewiesen.

3) Forsthoff, VerwR, S. 105; Landmann, Giers, Proksch, Allg. VerwR, S. 14.

4) Fleiner, Institutionen, § 2, II; Giacometti, VerwR, § 25, I; W. Jellinek, VerwR, § 1, III; Turegg-Kraus, VerwR, S. 53.

5) W. Jellinek, VerwR, § 1, III; Giacometti, VerwR, § 25 I.

6) Merk, VerwR Bd. I, S. 118.

7) Hatschek, VerwR, § 5, I; Schunck-De Clerk, VwGO, § 40, Anm. 2, c, ee; Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V, b.

8) Grundlegend Kuttner, "Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile", 1908.

wirkung der Verwaltungsakte ist offen, ob sich die Pflicht der Gerichte zur Hinnahme, Anerkennung etc. auf die bloße Tatsache des Vorhandenseins des Verwaltungsaktes (vgl. § 8) oder auf den gestaltenden bzw. feststellenden Inhalt des Verwaltungsaktes (vgl. § 9) bezieht⁹⁾.

Schließlich ist zu erwägen, ob sich die Bindung der Strafgerichte an einen präjudiziellen gestaltenden Verwaltungsakt aus der Aufgabenverteilung zwischen den Verwaltungsgerichten und den Strafgerichten als Teil der ordentlichen Gerichtsbarkeit begründen läßt (vgl. § 10).

§ 7 Die Tatbestandswirkung der Urteile

I. Begriff

Der Begriff der Tatbestandswirkung der Urteile kennzeichnet bestimmte Rechtsfolgen: Wird etwa ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Zivilurteil durch ein Rechtsmittelurteil aufgehoben, so ist dieses Urteil Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch aus § 717 II ZPO; der Anspruch ist die Tatbestandswirkung des Rechtsmittelurteils. Solche Tatbestandswirkungen haben nicht nur Zivilurteile. Wird etwa jemand durch ein Strafurteil wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt, so hat das Urteil als Tatbestandswirkung den Verlust der Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, für die Dauer von fünf Jahren zur Folge (§ 45 I StGB). Eine weitere Tatbestandswirkung eines Strafurteils ergibt sich z.B. aus § 57 I Nr. 3 GewO; danach ist demjenigen, der unter anderem wegen eines Verbrechens rechtskräftig verurteilt ist, die Erteilung der Reisegewerbekarte zu ver-

9) So unterscheiden ausdrücklich: Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 166; Giacometti, VerwR, § 25; Jesch, Die Bindung, S. 58 ff, 93 ff; Nicklisch, Die Bindung, § 4, 1-3; Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V, a.

sagen. Diesen Beispielen ist gemeinsam, daß die Urteile Tatbestandsvoraussetzungen in bestimmten Rechtsnormen sind; so ist das Rechtsmittelurteil Tatbestandsmerkmal in § 717 II ZPO, das Strafurteil Voraussetzung in § 45 I StGB oder in § 57 I Nr. 3 GewO. Die Rechtsfolgen dieser Normen sind die Tatbestandswirkungen.

Nicht alle Rechtsfolgen, die an einen Tatbestand geknüpft sind, in dem ein Urteil Voraussetzung ist, sind Tatbestandswirkungen, sondern nur die sog. Nebenwirkungen. Mit dieser Einschränkung des Begriffs soll die vom Inhalt des Urteils ausgehende Gestaltungswirkung¹⁰⁾ von der Tatbestandswirkung abgegrenzt werden. Die Gestaltungswirkung des Ehescheidungsurteils z.B. tritt deshalb ein, weil das Gestaltungsurteil Tatbestandsvoraussetzung in § 1564, 2 BGB ist und die Rechtsfolge dieser Vorschrift die Ehescheidung anordnet. Man hat die Gestaltungswirkung eines Urteils vereinzelt auch als Tatbestandswirkung bezeichnet¹¹⁾. Dennoch kann die Gestaltungswirkung von den eigentlichen Tatbestandswirkungen unterschieden werden. Der Eintritt der Tatbestandswirkung ist nämlich im Gegensatz zum Eintritt der Gestaltungswirkung nicht das Ziel des Urteils, sondern nur eine zufällige Begleiterscheinung, eine indirekte Folge, ein sekundärer Erfolg¹²⁾. Dementsprechend nennt man die Tatbestandswirkung auch Nebenwirkung¹³⁾. Während es das Ziel des Scheidungsurteils ist, die Ehe zu scheiden, ist es nur eine Nebenfolge des Strafurteils,

10) Vgl. Schlosser, Gestaltungsclagen, § 2.

11) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 86, III.

12) Kuttner, Nebenwirkungen, S. 4, 8; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 150, 5.

13) Kuttner, Nebenwirkungen, S. 4; Stein-Jonas, ZPO, § 322, II, 5.

wenn der Verurteilte nach § 45 I StGB die Amtsfähigkeit verliert oder nach § 57 I Nr. 3 GewO keine Reisegewerbekarte erhält. Aus dem Gesagten folgt, daß die Tatbestandswirkung eines Urteils im Sinne der Nebenwirkung die Rechtsfolge ist, die durch eine Norm angeordnet wird, in der das Urteil Tatbestandsvoraussetzung ist, ohne daß das Urteil gerade auf den Eintritt dieser Rechtsfolge abzielt.

II. Kritik

Es fällt auf, daß die Tatbestandswirkung des Urteils als Rechtsfolge definiert wird, während eingangs die Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes als Pflicht des Gerichts zur Anerkennung, Beachtung etc. des Verwaltungsaktes umschrieben wurde. Gleichwohl besteht zwischen der Tatbestandswirkung der Urteile und der Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte auch eine Parallele. Mit der Formulierung, ein Urteil habe Tatbestandswirkung, wird nämlich ebenfalls gemeint, der Richter müsse das Urteil, welches Voraussetzung in einer Rechtsnorm ist, beachten¹⁴⁾; denn er soll das Urteil in der Regel gerade nicht auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen müssen, wenn er die Rechtsnorm anwendet. So hat der Zivilrichter, der über den Schadensersatzanspruch aus § 717 II ZPO entscheidet, ohne Rücksicht auf die Richtigkeit des Rechtsmittelurteils dieses seiner eigenen Entscheidung zugrunde zu legen; der Strafrichter hat z.B. bei der Vollstreckungsverteilung nach § 258 II StGB nur festzustellen, daß ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, nicht dagegen zu prüfen, ob das Urteil zu Recht ergangen ist. Daß die

14) Kuttner, Nebenwirkungen, S. 190 ff; Nicklisch, Die Bindung, § 6.

Tatbestandswirkung der Urteile nicht nur eine bestimmte Rechtsfolge ist, sondern auch die Bedeutung hat, dem Gericht vorzuschreiben, wie es sich gegenüber einem präjudiziellen Verwaltungsakt zu verhalten hat, läßt sich der obigen Definition der Tatbestandswirkung der Urteile allerdings nicht entnehmen. Die Begriffsbestimmung diente auch in erster Linie nur dazu, die vom Inhalt eines Urteils möglicherweise ausgehende Gestaltungswirkung von der Tatbestandswirkung abzugrenzen. Kuttner hat deshalb die Anerkennungspflicht eines Gerichts gegenüber einem präjudiziellen Urteil zusätzlich noch damit begründet, daß die Tatbestandswirkung an das Urteil als rein äußerem Geschehen der Außenwelt, als sinnfälliger geschichtlicher Begebenheit anknüpft, daß also u.a. die tatsächliche Existenz des Urteils die Rechtsfolge auslöst ¹⁵⁾.

Im Zusammenhang dieser Untersuchung ist es am sinnvollsten, die Tatbestandswirkung vom Verhalten des Gerichts gegenüber dem präjudiziellen Hoheitsakt her zu definieren und nicht von der Rechtsfolge der Norm, zu deren Voraussetzungen der Hoheitsakt gehört. Denn hier geht es nicht um Besonderheiten der Rechtsfolgen, wie Strafe oder Geldbuße, sondern darum, wie sich das Gericht gegenüber dem sanktionsbewehrten Verwaltungsakt zu verhalten hat. Die Unklarheiten bei der Festlegung des Begriffs der Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte ergeben sich zum einen aus dem unterschiedlichen Ansatz, die Tatbestandswirkung eines Hoheitsaktes zu definieren. Zum anderen sind sie auf die kritiklose Übernahme der Begründung Kuttners für die Bindung der Gerichte an Urteile mit Tatbestandswirkung zurückzuführen.

15) Kuttner, Nebenwirkungen, S. 178, 191.

§ 8 Die Tatbestandswirkung der Verwaltungs- akttatsache

Häufig wird formuliert, die Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes knüpfe an die Existenz, das tatsächliche Vorhandensein, kurz gesagt, an die Tatsache des Verwaltungsaktes an ¹⁾. Diese Formulierungen entsprechen den Ausdrücken, die bei der Tatbestandswirkung der Urteile gebraucht werden ²⁾. Doch wird unter der Anerkennung der Tatsache des Verwaltungsaktes nicht immer dieselbe Verhaltenspflicht des ordentlichen Gerichts gegenüber dem Verwaltungsakt verstanden. Was gemeint ist, kann leichter festgestellt werden, wenn nicht nur gefragt wird, wie sich die ordentlichen Gerichte auf Grund der Tatbestandswirkung positiv gegenüber dem Verwaltungsakt zu verhalten haben, sondern auch, welches Verhalten der Gerichte ausgeschlossen sein soll.

I. Die Tatbestandswirkung als Anerkennung einer Tatsache

1. Begriff

Beachtung der Verwaltungsaktstatsache kann bedeuten, daß das Gericht verpflichtet sein soll, einen Verwaltungsakt, der als Teil des Sachverhalts einer Rechtsnorm subsumiert werden soll, wie jede andere Tatsache, auf die es bei der Subsumtion ankommt, zur Kenntnis zu nehmen und zu subsumieren. Negativ gesehen heißt das, daß es dem Gericht untersagt sein soll, einen entscheidungserheblichen Verwaltungsakt zu ignorieren, ihn als nicht vorhanden zu betrachten. Der Verwaltungsakt wird also nicht als rechtliche Regelung, sondern als subsumtionsfähiger Umstand angesehen. Anerkennung der Tatsache des Verwaltungsaktes kann demnach heißen,

1) Bettermann, in: Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 779 (903 f); Giacometti, VerwR, § 25, I; Groetschel, DVBl. 1959, 413 (415); Hatschek, VerwR, § 5, I; Hoffmann-Becking, DÖV 1972, 196 (201, FN 49); Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, § 108, II, b; W. Jellinek, VerwR, § 1, III, 3; Jesch, Die Bindung, S. 58 ff; Kormann, AÖR 30, 253 (256); Merk, VerwR, Bd. I, S. 119; Mohrbutter, JZ 1971, 213 (216 a.E.); Schunck-De Clerk, VwGO, § 40, Anm. 2, c, ee; Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V, a.

den Verwaltungsakt wie jeden anderen Teil des erheblichen Sachverhalts zu behandeln.

a) In diesem Sinn dürfte die Tatbestandswirkung der Verwaltungsaktstatsache von Jesch ³⁾ und Wolff ⁴⁾ vertreten werden.

(1) Jesch leitet den Begriff der Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte von dem der Urteile ab. Die Parallele zur Tatbestandswirkung der Urteile spricht allerdings zunächst einmal dagegen, daß Jesch die Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte in dem hier beschriebenen Sinn versteht. Zwar wird auch bei Urteilen davon gesprochen, das bloß tatsächliche Vorhandensein eines Urteils löse die Tatbestandswirkung aus ⁵⁾. Doch hat diese Formulierung bei der Tatbestandswirkung der Urteile eine andere Bedeutung. Mit der Tatbestandswirkung eines Urteils ist gemeint, daß das Gericht verpflichtet ist, ein präjudizielles Urteil nur auf seine Wirksamkeit, nicht aber auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen ⁶⁾. So entsteht etwa der Schadensersatzanspruch aus § 717 II ZPO nicht, wenn zwar ein tatsächlich existentes, aber rechtlich unwirksames Rechtsmittelurteil vorliegt. Die Ableitung der Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte von der der Urteile paßt also nicht, wenn Tatbestandswirkung Hinnahme des Verwaltungsaktes wie jeden Teils des rechtserheblichen Sachverhalts bedeutet. Jesch meint denn auch später, die von der Tatsache des Vorhandenseins des Aktes ausgehende Wirkung spiele für die Frage der Bindung des Gerichts keine Rolle ⁷⁾. Unter Bindung des Gerichts an den Verwaltungsakt versteht Jesch die Verpflichtung des Gerichts, die durch den Verwaltungsakt geschaffene Rechtslage nicht anders als die Behörde zu beurteilen ⁸⁾, also die Verpflichtung, die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes festzustellen und auf seine Rechtmäßigkeit nicht einzugehen. Ferner führt er aus, bei

2) Kuttner, Nebenwirkungen, S. 178, 191; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 150, 5.

3) Jesch, Die Bindung, S. 58 ff; ebenso Mohrbutter, JZ 1971, 213 (216 a.E.).

4) In Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V, a.

5) Kuttner, Nebenwirkungen, S. 178, 191.

6) Nicklisch, Die Bindung, § 6.

der an die Tatsache des Aktes anknüpfenden Tatbestandswirkung sei es von vornherein ausgeschlossen, daß der Richter die Richtigkeit der im Verwaltungsakt ausgesprochenen Schlußfolgerung nachzuprüfen habe, und kennzeichnet die Verpflichtung, die Existenz eines Aktes anzuerkennen, als logische Verpflichtung ⁹⁾. Damit meint Jesch, es gehe bei der Tatbestandswirkung um etwas anderes als eine Anweisung an das Gericht, welche rechtlichen Voraussetzungen es bei einem Verwaltungsakt festzustellen habe. Um was es geht, wird daraus deutlich, daß nach Jesch's Meinung auch nichtige Akte Tatbestandswirkung haben können ¹⁰⁾. Das ist nur verständlich, wenn Tatbestandswirkung nicht die Feststellung bestimmter rechtlicher Qualitäten des Verwaltungsaktes, wie Nichtigkeit, Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit bedeutet, sondern Anerkennung des Aktes als Teil des Sachverhaltes. Jesch dürfte dieses Ergebnis deshalb nicht so eindeutig ausgesprochen haben, weil er die Tatbestandswirkung - wie bei Urteilen üblich - von der Rechtsfolge des Rechtssatzes, in dem die Tatsache des Verwaltungsaktes Voraussetzung ist, her definiert und nicht - wie hier - vom Verhalten des Gerichts. Dabei fällt auf, daß Jesch - im Gegensatz zu den vielen Beispielen der Tatbestandswirkung der Urteile - keinen beispielhaften Rechtssatz nennt, in dem die Verwaltungsaktstatsache Voraussetzung ist. Das ist aber auch nicht nötig, wenn Jesch in dem hier interpretierten Sinn verstanden wird, da danach jede Rechtsfolge jedes Rechtssatzes, in dem ein Verwaltungsakt in irgendeiner Weise Voraussetzung ist, eine Tatbestandswirkung ist.

(2) Wolff ¹¹⁾ führt aus: "Soweit Gerichte nicht berechtigt sind, Anordnungen von Verwaltungsbehörden auf-

7) Jesch, Die Bindung, S. 60.

8) Jesch, Die Bindung, S. 27 f.

9) Jesch, Die Bindung, S. 60.

10) Jesch, Die Bindung, S. 61.

11) In Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V a. Dort wird die Beachtung der Aktstatsache allerdings Drittbindungswirkung i.w.S. genannt, während Wolff sie noch in seinen Lehrbüchern, VerwR I, der 2. bis 4. Auflage und dem der 7. Auflage unter § 20, V a, als Tatbestandswirkung bezeichnet.

zuheben, müssen sie - wie alle Dritten - ..., die Tatsache hinnehmen und beachten, daß der Hoheitsakt besteht, solange er nicht aufgehoben ist". Offen bleibt hierbei, wieso die Gerichte die Tatsache des Hoheitsaktes nur bis zu seiner Aufhebung beachten sollen. Wird nämlich etwa ein Verwaltungsakt von der Behörde oder dem Verwaltungsgericht aufgehoben und später wegen des Erlasses dieses Verwaltungsaktes ein Anspruch wegen Amtspflichtverletzung (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB) geltend gemacht, so hat das Zivilgericht den Verwaltungsakt trotz zwischenzeitlicher Aufhebung als Teil des rechtserheblichen Sachverhalts zu beachten und der Entscheidung zugrunde zu legen. Abgesehen davon dürfte die Tatbestandswirkung in dem hier dargelegten Sinn gemeint sein ¹²⁾.

b) Teilweise wird formuliert, Tatbestandswirkung der Verwaltungsaktstatsache bedeute, daß das Gericht nur einen wirksamen Verwaltungsakt anzuerkennen und der eigenen Entscheidung zugrunde zu legen habe. So hatte Wolff in früheren Auflagen seines Lehrbuches noch erklärt, die Tatbestandswirkung betreffe "mindestens die Tatsache der Existenz des von der anderen Gewalt erlassenen wirksamen Aktes" ¹³⁾. Giacometti versteht zwar unter der Tatbestandswirkung die Pflicht der Justizbehörden, den Verwaltungsakt bei Ausübung ihrer Funktionen "als Tatsache" hinnehmen zu müssen, doch zählt er dann Beispiele auf, in denen die Pflicht der Gerichte in der Feststellung der Wirksamkeit präjudizieller Verwaltungsakte besteht ¹⁴⁾. Dennoch bedeutet für ihn Tatbestandswirkung ebenfalls die Pflicht, den Akt als Tatsache anzuerkennen; er stellt diese Pflicht nämlich gerade der Verpflichtung des Gerichts entgegen, bestimmte rechtliche Eigenschaften des Verwaltungsaktes festzustellen ¹⁵⁾.

¹²⁾ Unverständlich ist zwar noch, wieso Wolff-Bachof, VerwR I, in § 20, V, a die Pflicht zur Beachtung des Hoheitsaktes als Verbindlichkeit des Aktes bezeichnen und auf § 50, I, c des Lehrbuches verweisen. Die dort unter dem Aspekt der Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes behandelte Wirkung hängt aber mit der unter § 20, V, b behandelten Inhaltswirkung und nicht mit der von

Die Ansicht, die die Tatbestandswirkung auf die Anerkennung nur wirksamer Verwaltungsakte als Sachverhaltselemente beschränkt, kann nur so verstanden werden, daß in den meisten Fällen ein wirksamer Verwaltungsakt Tatbestandsvoraussetzung einer Rechtsnorm ist und deshalb meistens ein wirksamer Verwaltungsakt Sachverhaltsteil ist ¹⁶⁾. Auch ein nichtiger und ein rechtmäßiger Verwaltungsakt können jedoch vom Gericht beachtet werden müssen; so kann ein nichtiger Verwaltungsakt als rechtserhebliche Tatsache für den Anspruch aus Art. 34 GG, § 839 BGB zu beachten sein, und die rechtmäßige polizeiliche Versammlungsauflösung ist als rechtmäßiger Verwaltungsakt ein rechtserheblicher Teil des Sachverhalts für die Verhängung einer Geldbuße wegen unerlaubter Ansammlung nach § 113 OWiG und muß insofern beachtet werden.

2. Bedeutung

Auf die Frage nach den rechtlichen Anforderungen an den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt gibt die Tatbestandswirkung der Verwaltungsaktstatsache keine Antwort. Bedeutet Tatbestandswirkung nämlich die Anerkennung eines Verwaltungsaktes wie jeden anderen Teil des rechtserheblichen Sachverhalts, gleichgültig ob ein nichtiger, wirksamer oder rechtmäßiger Verwaltungsakt präjudiziell ist, so läßt sich daraus nichts für die Ermittlung der rechtserheblichen Eigenschaften des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes herleiten.

der Tatsache des Hoheitsaktes ausgehenden Wirkung zusammen. Diese Widersprüche sind nicht in der 7. und 8. Auflage des Lehrbuchs unter § 20, V, a vorhanden.

13) Wolff, VerwR I, 2. - 4. Aufl., § 20, V, a.

14) Giacometti, VerwR, § 25 I.

15) Giacometti, VerwR, § 25, II.

16) So auch Jesch, Die Bindung, S. 61.

II. Die Tatbestandswirkung als Bindung an eine Regelung

Häufig wird mit der Formulierung, die Tatbestandswirkung bedeute Beachtlichkeit der Verwaltungsaktstatsache - wie bei der Tatbestandswirkung der Urteile - folgende Verhaltenspflicht des Gerichts gemeint: Das Verbot an das Gericht, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nachzuprüfen und das Gebot, die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes festzustellen¹⁷⁾. Anerkennung der Verwaltungsaktstatsache bedeutet dann Feststellung einer bestimmten rechtlichen Eigenschaft des Verwaltungsaktes, nämlich seiner Wirksamkeit. Bei dieser Deutung der Tatbestandswirkung ist es terminologisch mißverständlich, von einer Anerkennung der Tatsache des Verwaltungsaktes zu sprechen. Hat das Gericht nämlich die rechtliche Eigenschaft der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes zu prüfen, besteht die Verhaltenspflicht des Gerichts in einer Anerkennung des Inhalts des Verwaltungsaktes. Denn ein wirksamer Verwaltungsakt ist verbindlich und bewirkt den Eintritt der im Verwaltungsakt ausgesprochenen Regelung. Die Regelung wiederum ist der Inhalt des Verwaltungsaktes.

Bedenken gegen die Bezeichnung dieser Wirkung als Inhaltswirkung bestehen, weil die im selben Sinn verstandene Tatbestandswirkung der Urteile gerade nicht Inhalts-, sondern Nebenwirkung genannt wird. Das liegt aber bei der Tatbestandswirkung der Urteile an der Definition des Begriffs von der Rechtsfolge des Rechtsatzes her, in dem der Akt Voraussetzung ist; von dieser Grundlage aus ist es sinnvoll, nur die im Tenor des Urteils ausgesprochene Wirkung als Inhaltswirkung zu bezeichnen. Will man dagegen - wie hier - mit dem Begriff der Tatbestandswirkung das Verhalten des Gerichts gegenüber dem Verwaltungsakt beschreiben, so liegt es näher, die Tatbestandswirkung von dem Aspekt des

17) Bettermann, in: Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 779 (903 f); Hatschek, VerwR, § 5; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, § 108, II, 1 b; Jellinek, VerwR, § 1, III, 3; Kormann, AÖR 30, 253 (256); Merk, VerwR Bd. I, S. 119; Schunck-De Clerk, VwGO, § 40, Anm. 2, c, 44.

Verwaltungsaktes her zu bestimmen, der anerkannt werden soll. Da es hier um die Bindung des Gerichts an die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes geht und diese den Inhalt des Verwaltungsaktes in Geltung setzt, ist die Tatbestandswirkung in dem hier verstandenen Sinn eine Inhaltswirkung (vgl. im folgenden).

§ 9 Die Tatbestandswirkung als Inhaltswirkung

Die herrschende Meinung versteht die Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes als Inhaltswirkung in dem Sinne, daß das ordentliche Gericht die Wirksamkeit des präjudiziellen Verwaltungsaktes festzustellen hat und daß die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes unerheblich ist ¹⁾. In dieser Bedeutung ist die Tatbestandswirkung schon eher ein Argument für die Ansicht, bei den sanktionsbewehrten Verwaltungsakten komme es nur auf die Wirksamkeit und nicht auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes an. Ob es allerdings richtig ist, hängt vom Geltungsgrund der Tatbestandswirkung ab. Zu berücksichtigen ist außerdem, daß hinter der Tatbestandswirkung als Inhaltswirkung das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewalteneinteilung steht.

I. Der Geltungsgrund der Tatbestandswirkung

Die Tatbestandswirkung kann eine Folge des Verwaltungsaktes sein und damit ihren Geltungsgrund im Verwaltungsaktes selbst haben. Sie kann aber auch eine Folge des einzelnen Rechtssatzes sein, in dem der Verwaltungsakt präjudiziell ist, und deshalb ihren Geltungsgrund im jeweiligen einzelnen Rechtssatz haben.

1. Tatbestandswirkung als Folge des Verwaltungsaktes

Wenn die Bindung allein eine Folge des Verwaltungsaktes und deshalb - wie es die Argumentation in den strafgerichtlichen Entscheidungen nahelegt - eine jedem Verwaltungsakt zukommende Eigenschaft wäre,

1) Bachof, Verfassungsrecht Bd. II, S. 338 f; Forsthoff, VerwR, S. 105 f; Giacometti, VerwR, § 25, II; Krause, Rechtsformen, S. 83 f; Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V, b sowie die unter § 8, FN 17 genannten Schriftsteller.

so müßte es bei jedem präjudiziellen Verwaltungsakt nur auf die Wirksamkeit und nicht auf die Rechtmäßigkeit ankommen, unabhängig davon, in welchem Straftatbestand oder welcher Ordnungswidrigkeit der Verwaltungsakt Voraussetzung ist. Die Argumentation der Rechtsprechung wäre dann überzeugend.

Viele Äußerungen der Literatur erwecken den Eindruck, als ob die Tatbestandswirkung ausschließlich eine Folge des Verwaltungsaktes sei ²⁾. Dabei wird die Bindung auf gestaltende Verwaltungsakte beschränkt. So heißt es, die durch den wirksamen gestaltenden Verwaltungsakt eingetretene Gestaltung sei nicht nur für die den Verwaltungsakt erlassende Behörde und den Betroffenen bindend, sondern für jeden Dritten, also auch die ordentlichen Gerichte. Besonders deutlich hat Kormann dies ausgedrückt. Er führt aus: "Wenn ein Deutscher aus der Staatsangehörigkeit oder ein Beamter aus dem Dienst entlassen worden ist, wenn jemandem eine Konzession, eine Polizeierlaubnis, ein Titel, ein Orden durch Staatsakt entzogen worden ist, so äußert sich die Tatbestandswirkung dieser Staatsakte darin, daß der Betroffene nicht mehr Deutscher, nicht mehr Beamter, nicht mehr Inhaber der Konzession, der Polizeierlaubnis, des Titels, des Ordens ist, und daß ... etwa der Strafrichter ihn behandeln muß als Ausländer, als Nichtbeamten, als einen, der unbefugt ein Gewerbe betreibt, unbefugt einen Titel führt, unbefugt einen Orden trägt" ³⁾. Demnach wird also die Frage nach der Bindung des Strafrichters einheitlich für alle gestaltenden Verwaltungsakte entschieden.

2) Groetschel, DVBl. 1969, 413 f (allerdings beschränkt auf die Bindung unter Behörden); Hatschek, VerwR, § 5, II, 2; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 108, II, 1, b; W. Jellinek, VerwR, § 1, III, 3; Kormann, AÖR 30, 253 (256); E. Schmidt, StPO, § 262, Erl. 21; Turegg-Kraus, VerwR, S. 53 f.

3) Kormann, AÖR 30, 253 (256).

2. Tatbestandswirkung als Folge des Rechtssatzes

a) Es gibt viele Rechtsnormen, in denen ein Verwaltungsakt präjudiziell ist und es dennoch nicht auf die Wirksamkeit, sondern auf die Rechtswidrigkeit sowie Nichtigkeit oder die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ankommt ⁴⁾. So setzen die Ansprüche wegen Amtspflichtverletzung (Art. 34 GG, § 839 BGB) und wegen enteignungsgleichen Eingriffs sowie Aufopferung ⁵⁾, soweit sie durch einen Verwaltungsakt ausgelöst werden, dessen Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit voraus. In § 113 OWiG (unerlaubte Ansammlung) muß die Aufforderung an die Menge, auseinanderzugehen, rechtmäßig sein. Ebenso muß beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und beim Verstrickungs- sowie Siegelbruch die Diensthandlung, die in einem Verwaltungsakt bestehen kann, rechtmäßig sein (vgl. §§ 113, 136 StGB); nicht entgegen steht, daß bei diesen Tatbeständen ein engerer strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstab angelegt wird, der mit den verwaltungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung nicht übereinstimmt ⁶⁾. Bei der Bestechlichkeit nach § 332 StGB und der Bestechung nach § 334 StGB muß die Diensthandlung unter Verletzung von Dienstpflichten vorgenommen worden sein ⁷⁾; bestand die Diensthandlung also in der Vornahme eines Verwaltungsaktes, so hat der Strafrichter dessen Rechtswidrigkeit festzustellen. Ebenso gehört es zu den Voraussetzungen der Gebührenüberhebung nach § 352 StGB und der Abgabeüberhebung nach § 353 I StGB, daß ein Amtsträger bestimmte Gebühren oder Abgaben erhebt, die der Zahlende überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrag schuldet; werden

4) Vgl. Bettermann, in: Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 779 (902 f); er definiert die Tatbestandswirkung auf S. 903 f allerdings - wie bei Urteilen üblich - von der Rechtsfolge des Rechtssatzes, in dem der Verwaltungsakt Voraussetzung ist.

5) Vgl. Wolff-Bachof, VerwR I, § 60, I c.

6) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, § 113, Rdnr. 21 ff und § 136, Rdnr. 28 ff.

7) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, § 332, Rdnr. 7 ff und § 334, Rdnr. 4.

also die Gebühren oder Abgaben durch Verwaltungsakt erhoben, so muß dieser insofern rechtswidrig sein, als der erhobene Betrag nicht oder nicht so hoch verlangt werden durfte. Entsprechendes gilt bei der Leistungsverkürzung nach § 353 II StGB.

b) Diese Beispiele zeigen, daß die Tatbestands-wirkung keine jedem Verwaltungsakt zukommende Eigen-schaft sein kann, denn der Richter hat hier nicht die Wirksamkeit des präjudiziellen Verwaltungsaktes festzustellen. Vielmehr ist durch Auslegung des einzelnen Rechtssatzes zu ermitteln, auf welche rechtlichen Anforderungen es bei dem präjudiziellen Verwaltungsakt ankommt. Tatbestandswirkung hat ein Verwaltungsakt also, wenn die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes tatbestandliche Voraussetzung in einem Rechtssatz ist und das Gericht deshalb den Verwaltungsakt nur auf die Wirksamkeit hin zu überprüfen hat ⁸⁾. Der Begriff der Tatbestandswirkung ist demnach nur eine Bezeichnung für die Fälle, in denen der jeweilige Rechtssatz allein auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes abstellt. Es läßt sich nicht umgekehrt schon aus dem Begriff der Tatbestandswirkung folgern, in welchen Rechtssätzen es nur auf die Wirksamkeit des präjudiziellen Verwaltungsaktes ankommt. Diese Erkenntnis wird häufig nicht so klar ausgesprochen, weil nicht der Geltungsgrund der Tatbestandswirkung, sondern nur die Auswirkung, nämlich die Bindung der ordentlichen Gerichte, im Vordergrund der Ausführungen steht ⁹⁾.

8) Bachof, JZ 1952, 211 (212); ders., Verfassungsrecht, Bd. II, S. 338; Bötticher, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 511 (522); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, RdNr. 278; Giacometti, VerwR, § 25; Krause, Rechtsformen, S. 83 f; Lorenz, DVBl. 1971, 165 (172); Löwe-Rosenberg, StPO, § 262, Anm. 2 c; Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V, b.

9) Vgl. Forsthoff, VerwR, S. 106; Landmann, Giers, Proksch, VerwR, S. 14; Merk, VerwR Bd. I, S. 119 ff (123); Schunck-De Clerk, VwGO, § 40, Anm. 2, c, ee.

II. Die Gewaltenteilung und die Tatbestandswirkung

Auf Grund des Prinzips der Gewaltenteilung wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art. 20 II 2 GG). Die verschiedenen Staatstätigkeiten werden danach durch entsprechende, voneinander unabhängige Organe wahrgenommen. Deshalb gilt auch für das Verhältnis der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden der Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit. Die Gewaltenteilung hat insofern also die Bedeutung der Gewaltentrennung. Trotz der gegenseitigen Unabhängigkeit sind die Gerichte und Verwaltungsbehörden in mancher Hinsicht aneinander gebunden¹⁰⁾. Dadurch erhält der Grundsatz der Gewaltenteilung die Bedeutung der Gewaltenhemmung.

Die Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte kann in das Spannungsverhältnis von gegenseitiger Unabhängigkeit und Bindung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden eingeordnet werden¹¹⁾. So kommt in ihr zum einen die Bindung der Gerichte an die Wirksamkeit der Verwaltungsakte zum Ausdruck; die ordentlichen Gerichte dürfen nämlich einen Verwaltungsakt, der Tatbestandswirkung hat, nur auf die Wirksamkeit hin überprüfen und müssen die an den präjudiziellen Verwaltungsakt geknüpften Rechtsfolgen auch dann anordnen, wenn sie die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt haben. Gleichzeitig dient diese Bindung aber ebenso der Unabhängigkeit der Verwaltung, da die ordentlichen Gerichte einen wirksamen Verwaltungsakt, der rechtswidrig ist, nicht aufheben und auch nicht unbeachtet lassen dürfen. Dementsprechend behandelt die Literatur die Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte als Teilaspekt des Prinzips der Gewaltenteilung¹²⁾. Aus diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund läßt sich ebenfalls nicht herleiten, daß die Tatbestandswirkung eine jedem Verwaltungsakt als solchem zustehende Eigenschaft ist und es dem ordentlichen Gericht deshalb immer nur erlaubt ist, einen präjudiziellen

10) Vgl. Wolff-Bachof, VerwR I, § 20.

11) Soweit Verwaltungsakte Tatbestandswirkung zwischen Verwaltungsbehörden äußern (vgl. Forsthoff, VerwR, S. 105), kann die Tatbestandswirkung nicht auf das Prinzip der Gewaltenteilung zurückgeführt werden.

Verwaltungsakt auf die Wirksamkeit hin zu überprüfen; denn die Gewaltenteilung ist ein im Sinne der Gewaltenteilung viel zu oft durchbrochenes Prinzip ¹³⁾.

§ 10 Die Aufgabenverteilung zwischen den Verwaltungsgerichten und den ordentlichen Gerichten

I. Die Bindung der ordentlichen Gerichte

Jesch ¹⁾ vertritt die Ansicht, die Bindung der ordentlichen Gerichte an gestaltende Verwaltungsakte sei eine Folge der Aufgabenverteilung innerhalb der dritten Gewalt. Danach seien die Verwaltungsgerichte dazu berufen, die Kontrolle über die Verwaltung auszuüben. Jesch führt zur Begründung aus: "Wer es ... unterläßt, gegen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt rechtzeitig Klage im Verwaltungsprozeß zu erheben, muß es in Kauf nehmen, daß der Verwaltungsakt nunmehr von den Gerichten als wirksam angesehen wird, falls nicht ein anerkannter Nichtigkeitsgrund vorliegt. Mehr als die Möglichkeit des Rechtsschutzes kann der Bürger nicht verlangen; wenn er sie nicht ausnützt, so treffen ihn die Nachteile zu Recht. Auch wer die Rechtmäßigkeit als oberstes Leitziel allen staatlichen Handelns anerkennt, muß zugeben, daß es im Interesse auch jedes Einzelnen liegt, daß Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden erhalten bleiben" ²⁾.

12) Forsthoff, VerwR, S. 102 ff; W. Jellinek, VerwR, § 1, III; Wolff-Bachof, VerwR I, § 20.

13) Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 166; Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (861 f).

1) Jesch, Die Bindung, S. 121 ff; ebenso Mühlhaus, VOR 1973, 95 (104).

2) Jesch, Die Bindung, S. 127.

II. Kritik

Unabhängig davon, ob die Argumentation auch für die Bindung des Strafrichters gilt, muß gegen diese Begründung dasselbe geltend gemacht werden, was gegen eine Bindung der ordentlichen Gerichte auf Grund der Tatbestandswirkung spricht. Die rechtlichen Anforderungen an den einzelnen präjudizellen Verwaltungsakt ergeben sich nämlich durch die Auslegung des zivil-, straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Rechtsatzes, in dem der Verwaltungsakt Voraussetzung ist. So sagt Jesch ³⁾ an späterer Stelle selbst, daß die Bindung des ordentlichen Gerichts nicht gelte, wenn der einzelne Rechtssatz seine Rechtsfolge gerade nicht an die Wirksamkeit, sondern die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes anknüpfe.

Aus alledem läßt sich zum Schluß feststellen, daß die Frage nach der Bindung der ordentlichen Gerichte an Verwaltungsakte nicht einheitlich beantwortet werden kann. Bei der generellen Frage nach der Bindung der ordentlichen Gerichte an Verwaltungsakte handelt es sich um ein Scheinproblem. Da die notwendigen rechtlichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes von dem Rechtssatz abhängen, in dem der Verwaltungsakt Voraussetzung ist, gilt das, was Schlosser für die Bindung an gestaltende Akte festgestellt hat: "Es bedarf ... in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Analyse, ob eine Norm an die durch den gestaltenden Staatsakt verfügte Änderung der Rechtslage selbst oder andere Tatbestandsmerkmale anknüpft" ⁴⁾. Mit der "verfügten Änderung der Rechtslage" durch den Gestaltungsakt meint Schlosser die Rechtsänderung auf Grund eines wirksamen Gestaltungsaktes, und mit den

3) Jesch, Die Bindung, S. 140 f.

4) Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 158.

"anderen Tatbestandsmerkmalen" meint er je nach Rechts-
satz die Rechtmäßigkeit, Rechtswidrigkeit oder Nichtig-
keit des Aktes. Schlosser führt deshalb zu Recht fort:
"Die generelle Frage (nach der Bindung an Gestaltungs-
akte) läßt sich daher gar nicht anders beantworten als
dahingehend: eine Bindung besteht, wenn durch Staatsakt
eine Rechtsänderung verfügt wird, an die ein Tatbestand
einer anderen Norm anknüpft Die Bindung der Gerichte
an gestaltende Staatsakte ist ein Sekundärproblem, eine
bloße Funktion der Antwort auf die so gestellte Frage" ⁵⁾.

5) Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 158. Der Inhalt
der Klammer ist vom Verfasser ergänzt worden.

§ 11 Zusammenfassung

- I. Tatbestandswirkung als Anerkennung der Verwaltungsaktstatsache bedeutet, daß ein rechtserheblicher Verwaltungsakt wie jeder andere rechtserhebliche Umstand eines Sachverhaltes beachtet werden muß und nicht ignoriert werden darf. Über die rechtlichen Anforderungen an einen präjudiziellen Verwaltungsakt sagt der Begriff nichts.
- II. Tatbestandswirkung als Bindung an den Inhalt des Verwaltungsaktes bedeutet, daß das Gericht die Wirksamkeit eines präjudiziellen Verwaltungsaktes feststellen muß, seine Rechtmäßigkeit aber nicht nachprüfen darf. Wann das der Fall ist, ergibt sich durch Auslegung des einzelnen Rechtssatzes, zu dessen Voraussetzungen der Verwaltungsakt gehört. Entsprechendes gilt für die Ansicht, die eine Bindung an einen gestaltenden Verwaltungsakt aus der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltungsgerichten und ordentlichen Gerichten herleitet.
- III. Die Berufung der strafgerichtlichen Rechtsprechung auf die Tatbestandswirkung der sanktionsbewehrten Verwaltungsakte ist also falsch, wenn sich durch Auslegung der Tatbestände ergibt, daß es nicht nur auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ankommt; sie ist dagegen richtig, wenn auf Grund der Auslegung feststeht, daß der Verwaltungsakt lediglich wirksam sein muß.

4. Kapitel Die Auslegung der Tatbestände

Nach dem bisherigen Ergebnis der Untersuchung steht fest: Die Frage, welche rechtlichen Anforderungen an einen sanktionsbewehrten Verwaltungsakt zu stellen sind, ist durch Auslegung der Tatbestände zu beantworten. Dabei ist daran zu erinnern, daß die Frage zwei Aspekte hat. Einerseits geht es darum, welchen Grad an Fehlerfreiheit der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt aufweisen muß, andererseits darum, welche verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Eigenschaften der Verwaltungsakt haben muß.

Die Auslegung beginnt beim Wortlaut einer Norm und hat bei einer straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorschrift ihre Grenze im möglichen Sinn des Wortlauts ¹⁾. Der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt wird in den Tatbeständen mit Worten wie Auflage, Anordnung, Verfügung, Zeichen, Weisung etc. umschrieben. Der Wortlaut dieser Begriffe allein läßt nicht erkennen, ob der Verwaltungsakt fehlerfrei sein muß oder welcher Grad an Fehlerhaftigkeit zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals noch ausreicht. Doch hindert der Wortlaut weder eine Auslegung, die eine volle Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes verlangt, noch ein Ergebnis, welches Wirksamkeit oder gar bloßes Vorhandensein eines nichtigen Verwaltungsaktes genügen läßt. Denn zum einen entspricht die Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes der Forderung nach der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung; weil danach jeder Verwaltungsakt rechtmäßig sein muß, brauchte die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht ausdrücklich erwähnt zu werden, falls sie Voraussetzung der Norm sein sollte. Zum anderen erfaßt der Wortlaut auch den rechtswidrigen, aber wirksamen Verwaltungsakt, da ein Verwaltungsakt, um die beabsichtigten Rechtsfolgen auszu-

1) BGHSt 3, 300 (303); 4, 144 (148); Jescheck, Strafrecht AT, § 17, IV, 5; Schönke-Schröder, StGB, § 1, Rdnr. 40.

lösen, nicht rechtmäßig, sondern nur wirksam sein muß. Endlich schließt der Wortlaut auch keinen nichtigen Verwaltungsakt als Voraussetzung aus, da der nichtige Verwaltungsakt, obwohl rechtlich unwirksam, doch als Äußerung einer Behörde tatsächlich existent ist ²⁾; eine tatsächliche, aber nichtige Äußerung der Verwaltung kann vom Wortlaut her durchaus als Anordnung, Verfügung, Weisung etc. angesehen werden.

Dem Wortlaut der Tatbestände können jedoch häufig bestimmte verwaltungsvollstreckungsrechtliche Voraussetzungen der sanktionsbewehrten Verwaltungsakte entnommen werden. So heißt es in vielen Tatbeständen, daß sich die Zuwiderhandlung gegen einen "vollziehbaren" Verwaltungsakt richten muß ³⁾. Da die Tatbestände demnach für die vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes teilweise ausdrückliche Hinweise enthalten, soll dieser Aspekt der Untersuchung zuerst erörtert werden (vgl. §§ 13, 14). Aus der Lösung dieses Teilproblems können dann Folgerungen für das notwendige Maß an Fehlerfreiheit der Verwaltungsakte gezogen werden (vgl. § 15). Das Ergebnis ist dann durch eine verfassungsrechtliche Bewertung zu überprüfen (§ 16). Bevor nun aber durch Auslegung der Tatbestände ermittelt wird, welche vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt aufweisen muß, werden zunächst die verschiedenen vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften der Verwaltungsakte, um deren Subsumtion es geht, dargestellt (vgl. § 12).

2) Wolff-Bachof, VerwR I, § 50, I, b, 1.

3) Vgl. § 13, FN 1 und 2.

§ 12 Die vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes

I. Die verschiedenen Eigenschaften

Eine Verfügung ist vollstreckbar, wenn sie unanfechtbar geworden ist ⁴⁾. Die Vollstreckbarkeit tritt außerdem ein, wenn die Voraussetzungen des § 80 II VwGO vorliegen ⁵⁾. Schließlich ist aber auch die Verfügung vollstreckbar, die verbindlich erlassen worden ist, aber noch nicht unanfechtbar geworden ist, bei der die Voraussetzungen des § 80 II VwGO nicht gegeben sind, und die auch nicht durch Widerspruch und Anfechtungsklage angegriffen ist ⁶⁾, sofern ein Eilfall vorliegt ⁷⁾.

1. Der unanfechtbare Verwaltungsakt

Ein Verwaltungsakt ist unanfechtbar, wenn er wegen Ablaufs der Rechtsbehelfsfrist oder wegen des Verzichts des Berechtigten auf Rechtsbehelfe nicht mehr mit den zulässigen Rechtsbehelfen angegriffen werden kann ⁸⁾. Es kommt selten vor, daß der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung schon unanfechtbar geworden ist. Im Fall des Ablaufs der Rechtsbehelfsfrist muß nämlich ein Monat seit der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes (vgl. § 70 I VwGO) oder sogar eine Frist von einem Jahr bei fehlender oder unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung (vgl. § 58 VwGO) vergangen sein. Noch seltener dürfte es sein, daß der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung deshalb unanfechtbar ist, weil der Betroffene gegen ein verwaltungsgerichtliches Urteil keine Berufung oder Revision eingelegt hat.

4) Vgl. § 6 I VwVG; § 55 I VwVG (NW).

5) Vgl. FN 4.

6) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 1.

7) Vgl. § 6 II VwVG; § 55 II VwVG (NW).

8) Wolff-Bachof, VerwR I, § 52, II, c.

2. Der Verwaltungsakt gemäß § 80 II VwGO

Bei einem Verwaltungsakt, der die Voraussetzungen des § 80 II VwGO erfüllt, hat die Einlegung des Widerspruchs oder die Erhebung der Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung. Der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung tritt entweder kraft Gesetzes nach § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO oder auf Grund der besonderen Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 II Nr. 4 VwGO ein. Die Voraussetzungen des § 80 II VwGO können schon vor, aber auch noch nach der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegeben sein. Deshalb kann die Situation, daß der Betroffene gegen einen sanktionsbewehrten Verwaltungsakt verstoßen hat, der die Voraussetzungen des § 80 II VwGO erfüllt, sowohl vor als auch während eines schwebenden Rechtsbehelfsverfahrens vorliegen.

Am häufigsten kommen die nach § 80 II Nr. 4 VwGO für sofortig vollziehbar erklärten Verwaltungsakte vor. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO kann nämlich grundsätzlich bei allen sanktionsbewehrten Verwaltungsakten getroffen werden. Wird etwa die Vorladung zum Verkehrsunterricht gemäß § 48 StVO für sofortig vollziehbar erklärt, so fragt es sich, welche Bedeutung die Anordnung der sofortigen Vollziehung für die Verwirklichung der Ordnungswidrigkeit des § 24 StVG i.V.m. §§ 49 IV Nr. 6, 48 StVO hat, wenn der Betroffene der Vorladung nicht folgt.

Auch die in § 80 II Nr. 2 VwGO aufgeführten unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten sind gelegentlich sanktionsbewehrt. Man denke an die Zeichen und Weisungen der Polizei zur Regelung des Straßenverkehrs nach § 36 StVO. Die Nichtbeachtung eines solchen unaufschiebbaren Verwaltungsaktes kann den Tatbestand des § 24 StVG i.V.m. §§ 49 III Nr. 1, 36 StVO erfüllen.

Schließlich sind gelegentlich auch solche Verfügungen sanktionsbewehrt, bei denen der Ausschluß der auf-schiebenden Wirkung durch Bundesgesetze im Sinne des § 80 II Nr. 3 VwGO vorgeschrieben ist. Wer z.B. an Pocken erkrankt ist und der Anordnung seiner Absonderung in einem Krankenhaus nach § 37 I BSeuchG nicht nachkommt, kann eine Ordnungswidrigkeit nach § 69 I Nr. 10 BSeuchG begehen. Bei der Anordnung der Absonderung als Schutzmaßnahme zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten tritt im Fall der Anfechtung ein Suspensiveffekt gemäß § 35 II BSeuchG nicht ein.

Verwaltungsakte i.S. d. § 80 II Nr. 1 VwGO, durch welche öffentliche Abgaben und Kosten angefordert werden, sind weder nach der Abgabeordnung noch nach dem Kommunalabgabengesetz (NW) mit Strafe oder Geldbuße bewehrt.

3. Der angreifbare Verwaltungsakt

Mit dem Begriff des angreifbaren Verwaltungsaktes ist in dieser Untersuchung der Verwaltungsakt gemeint, der nicht durch Einlegung des Widerspruchs oder Erhebung der Anfechtungsklage angegriffen ist, bei dem die Voraussetzungen des § 80 II VwGO nicht gegeben sind, und der auch noch nicht unanfechtbar geworden ist. Der angreifbare Verwaltungsakt kann mit anderen Worten auch als derjenige Verwaltungsakt beschrieben werden, bei dem die Einlegung des Widerspruchs bzw. die Erhebung der Anfechtungsklage noch möglich ist und bei dem im Falle der Rechtsbehelfseinlegung der Suspensiveffekt gemäß § 80 I VwGO eintreten würde.

Der angreifbare Verwaltungsakt kann nur im Einzelfall vollstreckt werden, wenn dies nämlich zur Verhinderung mit Strafe oder Geldbuße bedrohter Handlungen oder zur Abwehr einer drohenden Gefahr notwendig ist und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt (vgl. § 6 II VwVG; § 55 II VwVG NW). Die Frage nach dem sanktionsbedrohten Verstoß gegen einen solchen

Verwaltungsakt kann jedoch gar nicht auftauchen. Wenn die Behörde den Verwaltungsakt nämlich im Eilfall vollstreckt, bleibt dem Betroffenen für ein Zuwiderhandeln gegen den Verwaltungsakt gar keine Zeit. Das wird besonders daran deutlich, daß die Vollstreckung im Eilfall in der Regel auch ohne den Erlaß eines Verwaltungsaktes erfolgt, aus dem der Betroffene hätte ersehen können, was von ihm verlangt wird ⁹⁾.

Demnach beschränkt sich die Untersuchung auf die Frage, ob der Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt, der nicht im Wege sofortigen Zwangs vollstreckt worden ist, einen Tatbestand erfüllen kann. Diese Situation kann häufig vorliegen. Ist z.B. einem Gastwirt die Auflage gemacht worden, seine Musikbox nicht in Betrieb zu nehmen, und handelt er diesem Verwaltungsakt in dem Zeitpunkt zuwider, in dem er weder Widerspruch eingelegt hat noch die Voraussetzungen des § 80 II VwGO gegeben sind noch die Unanfechtbarkeit der Auflage eingetreten ist, so fragt es sich, ob eine solche Auflage den Tatbestand des § 28 I Nr. 2 GastG erfüllen kann.

II. Der maßgebliche Zeitpunkt

Die verschiedenen vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften eines Verwaltungsaktes können einen jeweils unterschiedlichen Einfluß auf die Erfüllung der Strafnormen oder Ordnungswidrigkeiten haben. Da sich die Eigenschaften im Laufe der Zeit verändern können, muß der Zeitpunkt festgelegt werden, der für den möglichen Einfluß der Eigenschaften auf die Ahndbarkeit der Zuwiderhandlung maßgebend ist.

9) Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 202 f.

1. Die Vollstreckungsvoraussetzungen als veränderliche Eigenschaften

Die drei fraglichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes sind nicht notwendig auf Dauer vorhanden, wenn sie einmal eingetreten sind. So kann die Unanfechtbarkeit wieder entfallen, obwohl sie grundsätzlich eine dauerhafte Eigenschaft des Verwaltungsaktes ist; sie kann nämlich durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 60 VwGO und eine rechtzeitig erfolgte Rechtsbehelfseinlegung beseitigt werden. Bei einem Verwaltungsakt gemäß § 80 II VwGO kann der Suspensiv-effekt z.B. nach § 80 V 1 VwGO wieder angeordnet oder wiederhergestellt werden, oder der Verwaltungsakt wird unanfechtbar. Schließlich ändert sich die Eigenschaft des angreifbaren Verwaltungsaktes in der Regel entweder durch den Eintritt des Suspensiveffektes infolge Rechtsbehelfseinlegung oder durch Eintritt der Unanfechtbarkeit.

2. Der Zeitpunkt der Zuwiderhandlung

a) Bei den Strafnormen und Ordnungswidrigkeiten mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten bezieht sich die Feststellung des Unrechts und der Schuld bzw. der Vorwerfbarkeit des Verhaltens auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt. Demnach ist der Zeitpunkt der Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt auch für den möglichen Einfluß der fraglichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes entscheidend. Das gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, daß diese Eigenschaften für das Unrecht des tatbestandlichen Verhaltens von Bedeutung sind. Bei den Begehungstatbeständen kann die Zuwiderhandlung begangen sein, wenn der Betroffene das verbotene Tun vornimmt. Bei den durch Unterlassen zu verwirklichenden Tatbeständen kann dies der Fall sein, wenn die Vornahme der gebotenen Handlung möglich und zumutbar ist und sie dennoch unterlassen wird.

b) Bei den Tatbeständen der Unterlassung ist allerdings der Sonderfall zu berücksichtigen, daß dem Betroffenen zur Vornahme des positiven Tuns eine Frist gesetzt ist, so z.B. wenn einem Gastwirt gemäß § 5 I Nr. 1 GastG die sanktionsbewehrte Auflage gemacht wird, innerhalb von drei Wochen seit Bekanntgabe des Verwaltungsaktes in seinem Schankraum einen bestimmten Ventilator anzubringen. Zwar wird ein Verwaltungsakt regelmäßig mit der Bekanntgabe an den Betroffenen verbindlich. Damit besteht auch die Verpflichtung, die Anordnung zu befolgen. Doch kann die Pflicht erst verletzt und damit dem Verwaltungsakt im Sinne der Ordnungswidrigkeit nach § 28 I Nr. 2 GastG zuwidergehandelt werden, wenn der Betroffene die Frist, ohne die Auflage zu erfüllen, hat verstreichen lassen. Deshalb kann der Gastwirt in dem genannten Beispiel die Ordnungswidrigkeit erst dann vorwerfbar begangen haben, nachdem wenigstens drei Wochen seit der Bekanntgabe der Auflage an ihn vergangen sind, ohne daß er den Ventilator angebracht hat. An diesem Beispiel zeigt sich, wie wichtig es ist, den Zeitpunkt festzulegen, auf den es für den Einfluß der fraglichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes ankommt. Würde die Erfüllung des Tatbestandes des § 28 I Nr. 2 GastG nämlich voraussetzen, daß die sanktionsbewehrte Auflage die Voraussetzungen des § 80 II VwGO erfüllt, so müßte die Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 II Nr. 4 VwGO im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung, im Beispiel also auch noch drei Wochen nach der Bekanntgabe der Auflage, gegeben sein. Wäre die Auflage zwar bei Erlaß für sofortig vollziehbar erklärt, die sofortige Vollziehung aber zwei Wochen später gemäß § 80 V VwGO ausgesetzt worden, so könnte durch die Zuwiderhandlung gegen die Auflage nach drei Wochen der Tatbestand des § 28 I Nr. 2 GastG nicht erfüllt worden sein.

§ 13 Die Tatbestände mit geschriebenen Vollstreckungsvoraussetzungen

Es gibt Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten, in denen die Vollziehbarkeit oder die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes eine ausdrücklich genannte Voraussetzung ist. Die gesetzliche Formulierung ist unterschiedlich. Es fragt sich, welche Bedeutung diese Merkmale haben und wie sie dogmatisch einzuordnen sind.

I. Die unterschiedliche Formulierung der Voraussetzungen

Die Formulierung der Voraussetzungen ist bei den bundesrechtlichen und den landesrechtlichen Tatbeständen außerhalb Bayerns und Rheinland-Pfalz einerseits und bei den Tatbeständen nach bayerischem und rheinland-pfälzischem Recht andererseits unterschiedlich. Bei ersteren sind die Merkmale jeweils in die einzelnen Tatbestände aufgenommen, während bei letzteren für grundsätzlich alle Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten nach bayerischem Recht in Art. 4 bay. LStVG und in § 38 I RhPf.-PVG für eine bestimmte Tatbestandsgruppe nach rheinland-pfälzischem Recht eine einheitliche Regelung getroffen ist.

1. Tatbestände nach Bundesrecht und Landesrecht außerhalb Bayerns und Rheinland-Pfalz

a) Meistens ist in den Tatbeständen nur die Vollziehbarkeit und nicht die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes als Voraussetzung aufgeführt. Diese Tatbestände haben - abstrakt formuliert - folgende Fassung: "Strafbar macht sich bzw. ordnungswidrig handelt, wer der vollziehbaren Verfügung (Anordnung, Auflage) nach § ... zuwiderhandelt". Ein Beispiel

aus dem Bundesrecht ¹⁾ ist § 146 I Nr. 1 GewO.

Dort heißt es: "Ordnungswidrig handelt, wer entgegen einer vollziehbaren Anordnung nach § 35 I 1 GewO ein Gewerbe ausübt"; nach § 35 I 1 GewO kann die Ausübung eines Gewerbes untersagt werden. Ein Beispiel aus dem Landesrecht ²⁾ ist § 101 I Nr. 2 BauO (NW); dort heißt es: "Ordnungswidrig handelt, wer ... einer vollziehbaren schriftlichen Anordnung der Bauaufsichtsbehörde zuwiderhandelt, ...".

b) Die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes ist sehr selten als ausdrückliche Voraussetzung in den Tatbeständen enthalten. Beispiele gibt es nur in § 38 I Nr. 2, 4 und 6 GWB. In diesen Tatbeständen werden bestimmte unanfechtbare Verfügungen der Kartellbehörden vorausgesetzt.

2. Tatbestände nach bayerischem und rheinland-pfälzischem Recht

a) In Art. 4 bay. LStVG ist bestimmt: "Zuwendungen gegen Anordnungen der Verwaltungsbehörden für den Einzelfall können nach diesem Gesetz mit Strafe oder Geldbuße nur geahndet werden, wenn die Anordnung nicht mehr mit ordentlichen Rechtsbehelfen angefochten werden kann oder ihre Vollziehung angeordnet ist". Mit den Anordnungen der Verwaltungsbehörden für den Einzelfall sind Verwaltungsakte gemeint. Die Vorschrift gilt für den überwiegenden Teil der Strafnormen und Ordnungswidrigkeiten mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten nach bayerischem Recht ³⁾.

1) Weitere Beispiele bundesrechtlicher Tatbestände sind: § 46 I Nr. 2, 3 AtomG; § 48 I Nr. 5 AuslG; § 62 I Nr. 3, 5, 6, 7; § 63 I Nr. 3 BImSchG; § 53 III Nr. 6, § 55 I Nr. 1, 2 WaffG; § 143 I Nr. 3, § 144 II Nr. 3, § 145 I Nr. 2, 3 und III Nr. 8, § 146 I Nr. 1 - 3, § 147 I Nr. 1, 2 und I Nr. 3 GewO zuletzt geändert am 25. Mai 1976 (BGBl I S. 1278); § 54 I Nr. 5 LMBG; § 61 I Nr. 4 PBefG vom 21. März 1961 (BGBl I S. 241) i.d.F. vom 24. Mai 1968 (BGBl I S. 503); § 25 I Nr. 3, 4 PflSchG; § 32 I Nr. 1, 14 SprengG; § 41 I Nr. 1, 3, 5, 8 WHG.

2) Weitere Beispiele für Tatbestände nach nordrhein-westfälischem Recht sind: § 22 I Nr. 1 LAbfG; § 55 I Nr. 1 LG; § 47 II Nr. 5 LJG; § 123 I Nr. 9 LWassG i.V.m. § 66 II AHVO.

3) Vgl. Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 1.

b) In § 38 I RhPf. PVG heißt es: "Ordnungswidrig handelt, wer ... einer Vorschrift einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Polizeiverordnung oder einer auf Grund einer solchen Polizeiverordnung ergangenen vollziehbaren Anordnung zuwiderhandelt, ...". Es werden also nur die Verwaltungsakte durch die Vorschrift erfaßt, die auf Grund einer rheinland-pfälzischen Polizeiverordnung erlassen sind.

II. Die Bedeutung der Voraussetzungen

Schon der Wortlaut der Merkmale zeigt, daß es sich um Begriffe aus dem Verwaltungsvollstreckungsrecht handelt.

1. Bedeutung des Merkmals "vollziehbarer" Verwaltungsakt

Vollziehbar im Sinne des Vollstreckungsrechts ist ein auf ein Tun oder Unterlassen gerichteter Verwaltungsakt, wenn er entweder unanfechtbar geworden ist oder die Voraussetzungen des § 80 II VwGO gegeben sind oder es sich um einen verbindlichen, hier sog. angreifbaren Verwaltungsakt handelt.

a) Fraglich ist, ob das Merkmal des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes den angreifbaren Verwaltungsakt⁴⁾ erfaßt. Die Antwort läßt sich durch folgende Überlegung finden:

Hinter jedem straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Tatbestand steht ein bestimmter Verhaltensbefehl an den Adressaten. Dieser Befehl ist auf der Ebene des Tatbestandes dadurch gekennzeichnet, daß er das gebotene oder verbotene Verhalten strikt festlegt, ohne daß dem Adressaten die Möglichkeit eingeräumt ist, sich anders zu verhalten. Ein Recht, sich anders zu verhalten, als es im Tatbestand angeordnet ist, besteht nur, wenn einer der anerkannten Rechtsfertigungsgründe vorliegt. Dementsprechend muß auch durch die Tatbestände

4) Der Begriff des angreifbaren Verwaltungsaktes ist in § 12, I, 3 festgelegt.

mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten ein Verhalten zur Pflicht gemacht sein, daß vom Adressaten zwingend vermieden werden muß; das Recht, sich anders zu verhalten, darf erst bei Eingreifen von Rechtfertigungsgründen anerkannt werden. Ein angreifbarer Verwaltungsakt legt dem Betroffenen keine solche strikte Verhaltenspflicht auf, so daß das Vorliegen eines angreifbaren Verwaltungsaktes das Tatbestandsmerkmal des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes nicht erfüllen kann und bei Zuwiderhandlung eine Sanktion nicht verhängt werden darf. Der Betroffene hat einen angreifbaren Verwaltungsakt nämlich nicht zwingend zu befolgen. Zwar ist auch dieser Verwaltungsakt von der Bekanntgabe an verbindlich und muß beachtet werden. Doch hat der Betroffene das Recht, gegen den angreifbaren Verwaltungsakt Widerspruch einzulegen und Anfechtungsklage zu erheben. Dadurch tritt der Suspensiveffekt gemäß § 80 I VwGO ein, so daß der Adressat zur Befolgung des Verwaltungsaktes vorläufig nicht mehr verpflichtet ist. Die Einlegung der Rechtsbehelfe steht im freien Belieben des Betroffenen. Deshalb hat der Adressat eines angreifbaren Verwaltungsaktes das Recht, die Erfüllung des Verwaltungsaktes vorläufig zu verweigern; er braucht nämlich nur Widerspruch einzulegen. Die Pflicht zur Beachtung des angreifbaren Verwaltungsaktes ist also nicht strikt und zwingend zu befolgen und kann deshalb auch nicht zu einer tatbestandlichen sanktionsbewehrten Pflicht gemacht werden.

Bestätigt wird diese Argumentation durch einen Vergleich mit den Tatbeständen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB und des Ungehorsams sowie der Gehorsamsverweigerung nach §§ 19 ff WStG. Diese Tatbestände betreffen ebenfalls Zuwiderhandlungen gegen bestimmte hoheitliche Anordnungen; dabei können die Vollstreckungshandlung i.S.d. § 113 StGB und der Befehl i.S.d. §§ 19 ff WStG Verwaltungsakte sein, müssen es aber nicht. Darauf kommt es in diesem Zusammenhang aber auch gar nicht an. Vielmehr zeigt sich an diesen Tatbeständen ebenfalls, daß in ihnen hoheitliche

Anordnungen strafbewehrt sind, die vom Betroffenen zwingend beachtet werden müssen, ohne daß er sich der Erfüllung der Anordnung allein schon dadurch entziehen kann, daß er gegen sie einen Rechtsbehelf einlegt. Für die Vollstreckungshandlung i.S.d. § 113 StGB ist nämlich gerade Voraussetzung, daß die Maßnahme notfalls mit den Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden kann ⁵⁾. Die Befehle i.S.d. § 19 ff WStG müssen gemäß § 11 Soldateng un verzüglich ausgeführt werden und treten auch nicht allein dadurch außer Kraft, daß der Soldat gegen den Befehl einen Rechtsbehelf einlegt. Demnach liegt auch diesen Tatbeständen ein strikter, nicht durch Rechtsbehelfseinlegung aufschiebbarer Verhaltensbefehl zugrunde.

Demnach kann der Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt nicht sanktionsbewehrt sein.

b) Das Merkmal "vollziehbarer" Verwaltungsakt ist aber erfüllt, wenn ein unanfechtbarer Verwaltungsakt vorliegt. Ein unanfechtbarer Verwaltungsakt ist vollstreckbar. Der Betroffene kann sich seiner Erfüllung nicht durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen den Verwaltungsakt entziehen. In manchen Fällen genügt die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes allerdings nicht, damit das Merkmal "vollziehbar" erfüllt ist. Wenn die Behörde z.B. einen sanktionsbewehrten Verwaltungsakt erlassen hat, dem der Betroffene innerhalb von zwei Monaten seit Bekanntgabe nachkommen soll, und ist der Verwaltungsakt nach Ablauf der einmonatigen Widerspruchsfrist unanfechtbar geworden, so ist die Voraussetzung "vollziehbar" noch nicht verwirklicht. Der Verwaltungsakt ist dann nämlich mit Eintritt der Unanfechtbarkeit noch nicht vollstreckbar. Die Vollstreckbarkeit ist erst mit fruchtlosem Ablauf der von der Behörde gesetzten Erfüllungsfrist gegeben. Demnach ist der Verwaltungsakt erst "vollziehbar", wenn er unanfechtbar geworden und darüberhinaus die Erfüllungsfrist erfolglos abgelaufen ist.

5) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, § 113, Rdnr. 10 und 13.

c) Auch schon zeitlich vor der Unanfechtbarkeit kann die Voraussetzung des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes gegeben sein. Bei den sanktionsbewehrten Verwaltungsakten, bei denen der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs nur durch Anordnung nach § 80 II Nr. 4 VwGO eintritt, kann das Merkmal des "vollziehbaren Verwaltungsaktes" außer durch den Eintritt der Unanfechtbarkeit nur durch die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 II Nr. 4 VwGO verwirklicht werden. § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO spielt insoweit keine Rolle. Umgekehrt ist bei den sanktionsbewehrten Verwaltungsakten, bei denen die Vollziehbarkeit schon kraft Gesetzes nach § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO gegeben ist, § 80 II Nr. 4 VwGO für die Erfüllung der Strafnorm oder Ordnungswidrigkeit ohne Bedeutung. Man könnte meinen, wenn die Vollziehbarkeit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes schon kraft Gesetzes gemäß § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO mit Erlaß des Verwaltungsaktes vorliege, so brauche diese Voraussetzung im Tatbestand nicht mehr ausdrücklich aufgeführt zu werden, wenn es auf sie ankommen solle. Doch wenn der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs nach § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO später aufgehoben wird und die Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt erst zeitlich danach begangen wird, so liegt ein Verstoß gegen einen nicht vollziehbaren Verwaltungsakt vor, sofern nicht mittlerweile Unanfechtbarkeit eingetreten ist. Wenn aber nur der Verstoß gegen einen vollziehbaren Verwaltungsakt sanktionsbedroht sein soll, so ist es auch bei den nach § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO kraft Gesetzes vollziehbaren Verwaltungsakten sinnvoll, das Merkmal "vollziehbar" zur Voraussetzung für die Verhängung der Sanktion zu machen ⁶⁾.

6) Dies ist etwa in § 69 I Nr. 10 BSeuchG geschehen.
Vgl. dazu § 12, I, 2.

2. Bedeutung des Art. 4 bay. LStVG

Fraglich ist, ob mit dem für eine Vielzahl von Strafnormen oder Ordnungswidrigkeiten geltenden Art. 4 bay. LStVG dasselbe gemeint ist wie mit dem Merkmal des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes in den einzelnen Tatbeständen des Bundes und sonstigen Landesrechts außerhalb Bayerns.

a) Die Formulierung in Art. 4 bay. LStVG, "wenn... ihre Vollziehung angeordnet ist" deutet auf die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes gemäß § 80 II Nr. 4 VwGO hin; denn dort heißt es entsprechend, daß die aufschiebende Wirkung entfällt, wenn die Vollziehung angeordnet ist. Nach Ansicht der Kommentare zu Art. 4 bay. LStVG sind mit der Formulierung auch die Fälle des § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO erfaßt ⁷⁾. Doch ist die Frage nicht von praktischer Bedeutung, da Verwaltungsakte, die nach § 80 II Nr. 1 - 3 VwGO vollziehbar sind, im bayerischen Landesrecht nicht sanktionsbewehrt sind. Für die Verwaltungsakte, bei denen die Vollziehbarkeit gemäß § 80 II Nr. 3 VwGO durch Bundesgesetz vorgeschrieben ist, ist dies schon rechtlich ausgeschlossen; bei den nach § 80 II Nr. 1 und 2 VwGO vollziehbaren Verwaltungsakten fehlt es tatsächlich an entsprechenden Tatbeständen. Deshalb dürfte der bayerische Gesetzgeber auch nur den Fall der Vollziehung durch besondere Anordnung erwähnt haben.

b) Die weitere Formulierung in Art. 4 bay. LStVG, daß eine "Anordnung nicht mehr mit ordentlichen Rechtsbehelfen angefochten werden kann", dürfte die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes meinen. Dafür spricht der Wortlaut "... nicht mehr ... angefochten werden kann" sowie die Parallele zu der schon erwähnten Alternative der Vorschrift. Da diese auf die Vollziehbarkeit als Vollstreckungsvoraussetzung eines Verwaltungsaktes abstellt, ist eine entsprechende Auslegung der ersten Alternative geboten, bei der diese ebenfalls den Sinn einer

7) Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 5; Käßb-Rösch, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 18.

Vollstreckungsvoraussetzung erhält. Zu den Rechtsbehelfen, mit denen der Verwaltungsakt nicht mehr angefochten werden darf, zählen deshalb Widerspruch und Anfechtungsklage, aber auch - wie die Kommentare zu Art. 4 bay. LStVG betonen ⁸⁾ - die Rechtsbehelfe, die eine Entscheidung im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß vor Eintritt der Rechtskraft einer höheren Instanz zur Nachprüfung unterbreiten, wie die Berufung oder Revision. Von praktischer - wenn auch seltener - Bedeutung sind allerdings nur die Fälle, in denen der Verwaltungsakt wegen Fristablaufs zur Einlegung des Widerspruchs oder der Erhebung der Anfechtungsklage unanfechtbar geworden ist ⁹⁾. Bei dieser Auslegung gehört die Feststellungsklage dagegen nicht zu den Rechtsbehelfen, mit denen der Verwaltungsakt nicht mehr angreifbar sein darf ¹⁰⁾. Die Nichtangreifbarkeit eines Verwaltungsaktes durch eine Feststellungsklage ist nämlich keine Vollstreckungsvoraussetzung. Das gleiche gilt für Rechtsbehelfe wie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO), die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 153 VwGO) und die Verfassungsbeschwerde ¹¹⁾. Sie sind keine ordentlichen Rechtsbehelfe und ihr Ausschluß ist keine Vollstreckungsvoraussetzung.

c) Der angreifbare Verwaltungsakt ¹²⁾ wird dagegen von Art. 4 bay. LStVG nicht erfaßt ¹³⁾. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, denn weder ist bei dem angreifbaren Verwaltungsakt die "Vollziehung angeordnet" noch kann der angreifbare Verwaltungsakt "nicht mehr ... angefochten werden". Art. 4 bay. LStVG hat also inhaltlich dieselbe Bedeutung wie das Merkmal des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes in den bundes- und sonstigen landesrechtlichen Tatbeständen.

8) Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 4; Käab-Rösch, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 15.

9) Vgl. § 12, I, 1.

10) So wohl Käab-Rösch, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 5; a.A. Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 4.

11) Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 4; Käab-Rösch, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 15.

12) Der Begriff des angreifbaren Verwaltungsaktes ist in § 12, I, 3 festgelegt.

13) Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 1; Käab-Rösch, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 1.

3. Bedeutung des Merkmals "unanfechtbarer" Verwaltungsakt

Der Grund für das seltene Vorkommen der Unanfechtbarkeit als alleiniger Voraussetzung eines sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes dürfte darin liegen, daß die Ahndbarkeit dann meistens erst zu einem sehr späten Zeitpunkt eintreten kann. Soll es nämlich auf die Vollstreckbarkeit des Verwaltungsaktes ankommen, so kann die Vollziehbarkeit im Sinne des § 80 II VwGO dieselbe Funktion erfüllen wie die Unanfechtbarkeit. Deswegen ist bei den Tatbeständen, die allein auf die Unanfechtbarkeit abstellen, anzunehmen, daß das Merkmal der Unanfechtbarkeit nicht nur den Sinn einer Vollstreckungsvoraussetzung hat. Vielmehr soll bei den Tatbeständen des § 38 I Nr. 2, 4 und 6 GWB mit dem Merkmal der Unanfechtbarkeit der Verfügungen erreicht werden, daß eine Geldbuße nur bei endgültigem Bestand der Verfügungen auferlegt werden darf. Wegen der geringen Bedeutung dieser Tatbestände bleiben sie im weiteren Verlauf der Untersuchung unerörtert.

III. Die dogmatische Einordnung der Vollziehbarkeit

Nachdem festgestellt ist, daß die Voraussetzung der Vollziehbarkeit in den einzelnen Tatbeständen und die Voraussetzungen in Art. 4 bay. LStVG die gleiche Bedeutung haben, muß die "Vollziehbarkeit" dogmatisch eingeordnet werden. Es kann sich um eine verfahrensrechtliche Voraussetzung, aber auch um eine materiellrechtliche Voraussetzung (Tatbestandsmerkmal oder objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit) handeln.

1. Die Vollziehbarkeit als Verfahrensvoraussetzung

Ausgehend von der Fassung des Art. 4 bay. LStVG meint Blei, Art. 4 bay. LStVG stelle sich einem eindeutigen Wortsinne nach als Regelung einer besonderen Prozeßvoraussetzung dar¹⁴⁾. Das kann jedoch, wie Blei selbst ausführt, nicht richtig sein. Die Regelung der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfahrensvoraussetzungen ist nicht Ländersache, sondern fällt nach Art. 74 Nr. 1, 72 I GG in den Zuständigkeitsbereich des Bundes. Deshalb, so meint Blei, müsse Art. 4 bay. LStVG als eine Regelung materieller Voraussetzungen für die Straf- bzw. Ahndbarkeit verstanden werden. Dementsprechend sieht die herrschende Meinung Art. 4 bay. LStVG als eine materiellrechtliche Vorschrift an¹⁵⁾. Gleiches gilt auch für die sonstigen landesrechtlichen Tatbestände sowie für die bundesrechtlichen Tatbestände, da nicht angenommen werden kann, daß das Merkmal der Vollziehbarkeit bei landes- und bundesrechtlichen Tatbeständen dogmatisch unterschiedlich behandelt wird.

2. Die Vollziehbarkeit als materiellrechtliche Voraussetzung

Die Vollziehbarkeit könnte als materiellrechtliche Voraussetzung für die Verhängung der Sanktion entweder Tatbestandsmerkmal oder objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit sein.

a) Blei¹⁶⁾ hält die Vollstreckungsvoraussetzungen für objektive Bedingungen der Straf- bzw. Ahndbarkeit. Er meint, die Unanfechtbarkeit und Vollziehbarkeit könnten keine materiellen Unrechtsvoraussetzungen sein, da die Handlungspflicht und damit die Rechtswidrigkeit

14) Blei, JZ 1957, 602 (604).

15) Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 1; Kääb-Rösch, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 21.

16) Blei, JZ 1957, 602 (604).

des Zuwiderhandelns schon vorher gegeben sein könne und auch mit Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht immer gegeben sein müsse. Hinter dieser abstrakten Argumentation verbergen sich zwei verschiedene Fallgestaltungen. Zwar gelten Blei's Ausführungen unmittelbar nur für Art. 4 bay. LStVG, doch können sie auch an Beispielen aus dem Bundesrecht erörtert werden, da Art. 4 bay. LStVG denselben Inhalt wie das Merkmal "vollziehbar" hat:

Wird einem Reiseveranstalter gemäß § 35 I 1 GewO die Ausübung seines Gewerbes untersagt, so ist der Verwaltungsakt grundsätzlich mit der Bekanntgabe an den Betroffenen verbindlich und muß befolgt werden. Auch schon bevor die Untersagungsverfügung nachträglich für sofortig vollziehbar erklärt oder unanfechtbar wird, kann der Betroffene rechtswidrig handeln, wenn er den Verwaltungsakt nicht befolgt; das gilt allerdings nur, wenn er vor Eintritt der Vollstreckbarkeit gegen einen angreifbaren, nicht aber gegen einen suspendierten Verwaltungsakt verstößt. Eine Geldbuße ist aber dennoch nicht verwirkt, da die Ordnungswidrigkeit des § 146 I Nr. 1, 1. Alt. GewO einen Verstoß gegen einen vollziehbaren Verwaltungsakt voraussetzt. Blei's Argumentation läuft nun auf die Forderung hinaus, daß das verwaltungsrechtliche Unrecht mit dem durch die Tatbestände bedrohten Unrecht identisch sein müsse; weil nämlich schon der Verstoß gegen eine angreifbare Untersagungsverfügung nach den Regeln des Verwaltungsrechts rechtswidrig sei, müsse der Verstoß auch Unrecht i.S.d. § 146 I Nr. 1, 1. Alt. GewO sein. Das überzeugt nicht. Der Gesetzgeber ist nicht dazu verpflichtet, schon jedes verwaltungsrechtliche Unrecht bei dem Verstoß gegen einen Verwaltungsakt auch als straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich erhebliches Unrecht zu bewerten. Die sekundäre Natur des Strafrechts ¹⁷⁾ scheint sogar eher für die gegenteilige Ansicht zu sprechen. Der Gesetzgeber soll

17) Vgl. Maurach-Zipf, Strafrecht AT, § 2, III, A.

danach gerade nicht jedes, sondern nur das als besonders schwerwiegend bewertete Unrecht mit einer Sanktion bewehren. Dieser Grundsatz darf nicht nur für das Kriminalstrafrecht, sondern muß wegen der steigenden Tendenz des Gesetzgebers, Ordnungswidrigkeiten zu schaffen, auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gelten. Es kann nämlich heute eher von einer Hypertrophie des Ordnungswidrigkeitenrechts als der des Strafrechts gesprochen werden.

Die andere von Blei ¹⁸⁾ gemeinte Fallgruppe wird durch folgendes Beispiel klar: Wird einem Gewerbetreibenden die nach §§ 24 I Nr. 3, 24 a GewO sanktionsbewehrte Auflage erteilt, bestimmte Anlagen seines Betriebs innerhalb von zwei Monaten umzurüsten, so wird der Verwaltungsakt zwar mit Ablauf der einmonatigen Frist zur Einlegung des Widerspruchs, ohne daß dies geschehen ist, unanfechtbar, doch kann die Pflicht frühestens erst mit Ablauf der zwei Monate verletzt sein. Weil in diesem Fall das Unterlassen des Gewerbetreibenden mit Eintritt der Unanfechtbarkeit noch nicht rechtswidrig sein kann, kann die Unanfechtbarkeit nach Meinung Blei's auch kein unrechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal sein. Das ist unverständlich. Es ist sehr wohl denkbar, daß die Unanfechtbarkeit eines sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal ist und dennoch mit Eintritt der Unanfechtbarkeit ein rechtswidriges Verhalten noch nicht vorliegt. Im übrigen hat aber die Unanfechtbarkeit in Art. 4 bay. LStVG die Bedeutung einer Vollstreckungsvoraussetzung und ist deshalb nicht immer schon mit Ablauf der Rechtsbehelfsfrist gegeben. Ein unanfechtbarer Verwaltungsakt, bei dem dem Betroffenen eine bestimmte Erfüllungsfrist gesetzt ist, ist nämlich erst mit Ablauf der Rechtsbehelfsfrist einschließlich der Erfüllungsfrist vollstreckbar und erst dann i.S.d. Art. 4 bay. LStVG unanfechtbar.

18) Vgl. Blei, JZ 1957, 602 (604, FN 16).

Die Argumente Blei's führen also nicht weiter.

b) Die Frage, ob die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal oder objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit ist, muß vielmehr danach entschieden werden, ob die Vollziehbarkeit ein unrechtsbegründendes oder unrechtsneutrales Merkmal ist. Der Unterschied zwischen Tatbestandsmerkmalen und objektiven Bedingungen liegt nämlich nach herrschender Meinung darin, daß die Tatbestandsmerkmale das Unrecht der Handlung festlegen und sich auf sie die Schuld bzw. Vorwerfbarkeit beziehen muß, während die objektiven Bedingungen den Unrechtstatbestand nicht begründen, so daß sie nicht von der Schuld bzw. Vorwerfbarkeit umfaßt sein müssen¹⁹⁾. Dabei besteht zwischen Strafnormen und Ordnungswidrigkeiten insoweit kein Unterschied.

Zur Klärung der Frage ist es nützlich, sich die Auswirkungen der Alternativen vor Augen zu führen. Wäre die Vollziehbarkeit ein Tatbestandsmerkmal, so läge der Unrechtsgehalt der Tatbestände im Verstoß gegen jeweils bestimmte vollstreckbare Verwaltungsakte. Handelte es sich dagegen um objektive Bedingungen der Straf- bzw. Ahndbarkeit, so würde der Unrechtsgehalt der Tatbestände allein dadurch beeinflußt, welchen Grad an Fehlerfreiheit der Verwaltungsakt zur Tatbestandserfüllung aufweisen muß. Als objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit hätte das Merkmal der Vollziehbarkeit die positive Funktion festzulegen, bei welchen tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften bzw. vorwerfbaren Zuwiderhandlungen ein Sanktionsbedürfnis besteht. Negativ gesehen würde dadurch zugleich bestimmt, daß im Fall des Verstoßes gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt kein Sanktionsbedürfnis gegeben wäre. Das kann nicht richtig sein. Entfällt nämlich bei einer Zuwiderhandlung gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt lediglich das Sanktions-

19) Maurach-Zipf, Strafrecht AT, § 21, III, A, 1; Schönke-Schröder, StGB, Vorbem. §§ 13 ff, Rdnr. 124; Stree, JuS 1965, 465 (466 f).

bedürfnis, so bedeutet dies, daß der Verstoß zumindest den Tatbestand erfüllt. Das ist aber nach dem oben Gesagten nicht möglich ²⁰⁾. Danach konnte die Zuwiderhandlung gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt kein tatbestandliches Unrecht sein. Die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes muß somit ein Tatbestandsmerkmal sein. Der Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt wird demgemäß bei der Subsumtion schon auf der Tatbestandsebene ausgeschieden.

§ 14 Die Tatbestände ohne geschriebene Vollstreckungsvoraussetzungen

Viele Tatbestände enthalten keine geschriebenen vollstreckungsrechtlichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes als Tatbestandsmerkmale ¹⁾. Es fragt sich, ob es bei diesen Tatbeständen auf bestimmte vollstreckungsrechtliche Eigenschaften des Verwaltungsaktes nicht ankommt.

I. Das Vollzugsinteresse

Da die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten die Zuwiderhandlung gegen bestimmte Verwaltungsakte sanktionieren, ist das Interesse der Verwaltung am Gehorsam des Betroffenen gegenüber dem Verwaltungsakt durch die Tatbestände geschützt. Das gilt sowohl für die Tatbestände mit den geschriebenen als auch für die Tatbestände ohne geschriebene Vollstreckungsvoraussetzungen. Sieht man das Schutzinteresse der Tatbestände nicht aus der Sicht des verpflichteten Bürgers, sondern vom Standpunkt der Verwaltungsbehörden aus, so kann auch formuliert werden, daß das Interesse der Behörden am Vollzug der Verwaltungsakte geschützt ist ²⁾.

20) Vgl. 13, II, 1, a.

1) Vgl. § 18 I Nr. 3 AbfG; § 47 I Nr. 5 AuslG i.d.F. vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469), § 48 I Nr. 4 AuslG; § 69 I Nr. 6, 9 BSeuchG; § 28 I Nr. 2 GastG; § 99 I Nr. 3 GüKG; § 18 I Nr. 1 KriegswaffG; § 61 I Nr. 1 PBefG i.d.F. vom 24. August 1976 (BGBl I S. 2439); § 32 I Nr. 3 SprengG; § 29 I Nr. 3, 4 VersammlG i.d.F. vom 20. Mai 1970 (BGBl I S. 505) sowie i.d.F. vom

Damit ist das Schutzinteresse der Tatbestände aber noch recht allgemein beschrieben. Die nähere Bestimmung hängt davon ab, welche besonderen Eigenschaften der Verwaltungsakt aufweisen muß, damit die Zuwiderhandlung den Tatbestand erfüllt. Bei den Tatbeständen mit geschriebenen Vollstreckungsvoraussetzungen kann das geschützte Interesse noch genauer angegeben werden. Da diese Tatbestände das Zuwiderhandeln gegen einen vollziehbaren Verwaltungsakt voraussetzen, ist nur das Interesse am Gehorsam gegenüber einem vollstreckbaren Verwaltungsakt geschützt. Hinter diesen Tatbeständen steht also das Interesse der Behörden am Vollzug speziell vollstreckbarer Verwaltungsakte.

Da die Tatbestände ohne geschriebene Vollstreckungsvoraussetzungen keine besondere Eigenschaft des Verwaltungsaktes als Voraussetzung nennen, könnte man annehmen, es komme auf die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes nicht an. Es wäre denkbar, daß auch der Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt den Tatbestand erfüllen könnte. Dann wäre der Kreis der sanktionsbedrohten Zuwiderhandlungen bei den Tatbeständen ohne geschriebene Vollstreckungsvoraussetzungen größer als bei den anderen Tatbeständen. Möglich wäre es aber auch, daß nur der Verstoß gegen einen unanfechtbaren Verwaltungsakt zur Tatbestandserfüllung ausreichen würde. In diesem Fall wäre der Anwendungsbereich der hier untersuchten Tatbestandsgruppe wesentlich eingeschränkt. Schließlich ist es auch möglich, daß die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes bei diesen Tatbeständen ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist. Zwischen den Tatbestandsgruppen wäre dann kein Unterschied. Es stellt sich also die Frage, welche Auslegungsmöglichkeit dem Schutzinteresse der Tatbestände am besten entspricht.

2. März 1974 (BGBl I S. 469; § 76 II Nr. 1 ViehseuchenG.

2) Vgl. Menger-Erichsen, VerwArch. 59 (1968), 366 (372); Thierfelder, DVBl. 1968, 138 f.

II. Die Vollziehbarkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Die Vollziehbarkeit ist ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, wenn weder der Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt den Tatbestand ausfüllt noch der Tatbestand notwendig die Zuwiderhandlung gegen einen unanfechtbaren Verwaltungsakt verlangt.

1. Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt³⁾

a) Bei den Tatbeständen mit geschriebenen Vollstreckungsvoraussetzungen ist festgestellt worden, daß durch einen Tatbestand nur ein strikt zu beachtender Verhaltensbefehl mit Sanktionen bewehrt werden darf. Das ist bei der Pflicht zur Beachtung eines angreifbaren Verwaltungsaktes nicht der Fall, da der Adressat des Verwaltungsaktes sich dieser Pflicht durch Einlegung des Widerspruchs oder Erhebung der Anfechtungsklage nach freiem Belieben entziehen kann. Genauso liegt es aber bei den Tatbeständen ohne geschriebene Vollstreckungsvoraussetzungen, so daß auch bei diesen Tatbeständen ein Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt grundsätzlich kein tatbestandsmäßiges Verhalten ist. Ist ein Gastwirt z.B. auf Grund eines Verwaltungsaktes gemäß § 5 GastG verpflichtet, seine Musikbox nicht mehr zu betreiben, und handelt er der Auflage in einem Zeitpunkt zuwider, in dem die Auflage weder durch einen Rechtsbehelf angegriffen noch die Vollziehbarkeit nach § 80 II Nr. 4 Vw 60 angeordnet noch die Unanfechtbarkeit eingetreten ist (angreifbarer Verwaltungsakt), so erfüllt der Verstoß den Tatbestand des § 28 I Nr. 2 GastG nicht.

3) Der Begriff des angreifbaren Verwaltungsaktes ist in § 12, I, 3 festgelegt.

b) Von diesem Grundsatz wird allerdings eine Ausnahme gemacht. Wenn der Verwaltungsakt nur eine Frist, den Zeitpunkt oder den Ort zur Erfüllung der tatbestandlichen Handlung festlegt, soll der Tatbestand auch schon erfüllt sein können, wenn der Verwaltungsakt lediglich angreifbar ist ⁴⁾. In diesem Sinn hatte das Bayerische Oberste Landesgericht einen Fall entschieden, in dem es darum ging, ob der Betroffene gegen eine Vorschrift verstoßen hatte, in der die Nichtablieferung der Jagdtrophäen zur öffentlichen Jagdtrophäenschau gemäß dem bayerischen Jagdgesetz sanktionsbewehrt war ⁵⁾. Die Verwaltungsbehörde mußte durch Verwaltungsakt lediglich Ort und Zeit der Trophäenschau anordnen, während sich die sanktionsbewehrte Teilnahmepflicht an der Veranstaltung aus einer Verordnung zum bayerischen Jagdgesetz ergab.

An diesem Fall wird jedoch deutlich, daß gar keine wirkliche Ausnahme vorliegt. Bei den Tatbeständen, in denen der Verwaltungsakt nur eine Frist, den Zeitpunkt oder den Ort zur Erfüllung der tatbestandsmäßigen Handlung festlegt, handelt es sich nämlich nicht um Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten. Die Verwaltungsakte legen nicht die Verhaltenspflicht des Adressaten fest, so daß die Tatbestände auch nicht das Interesse am Vollzug des Verwaltungsaktes schützen. Im Beispielsfall ergab sich die sanktionsbewehrte Pflicht aus der Rechtsverordnung zum bayerischen Jagdgesetz, nicht dagegen aus dem Verwaltungsakt. Darum gelten bei ihnen auch nicht die Grundsätze für sanktionsbewehrte Verwaltungsakte.

4) Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 3; Käbb-Rösch, Bay.LStVG, Art. 4, RdNr. 9; BayObLGSt 1962, 296.

5) BayObLGSt 1962, 296.

2. Verstoß gegen einen vollziehbaren Verwaltungsakt

Die entscheidende Frage ist also, ob der Anwendungsbereich der Tatbestände ohne geschriebene Vollstreckungsvoraussetzungen im Gegensatz zu den anderen Tatbeständen auf den Verstoß gegen unanfechtbare Verwaltungsakte beschränkt ist oder ob auch die Zuwiderhandlung gegen Verwaltungsakte i.S.d. § 80 II VwGO sanktionsbewehrt ist.

a) Der BGH ⁶⁾ und das BayObLG ⁷⁾ sind der Ansicht, die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes sei ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Der Entscheidung des BayObLG ⁸⁾ lag ein Fall zugrunde, bei dem der Betroffene einer gaststättenrechtlichen Auflage zuwidergehandelt hatte. Rechtlich ging es um die Frage, ob der Tatbestand des § 29 Nr. 1 GastG a.F. ⁹⁾ nur dann erfüllt ist, wenn der Betroffene gegen eine unanfechtbare Auflage verstoßen hat, oder ob auch das Zuwiderhandeln gegen eine für sofortig vollziehbar erklärte Auflage ausreicht. Nach der bis zu dieser Entscheidung herrschenden Auffassung ¹⁰⁾ setzte die Erfüllung des Tatbestandes nämlich die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes voraus. Es ging also um die Ausdehnung des Sanktionsbereiches auf Verstöße gegen vollziehbare Verwaltungsakte. Die BGH-Entscheidung behandelte das Zuwiderhandeln gegen ein Verkehrszeichen. In den Entscheidungen heißt es, eine straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Pflicht bestehe nur, wenn sich der Betroffene der Ausführung des Verwaltungsaktes nicht mehr durch freie Willensentscheidung entziehen könne ¹¹⁾, bzw. wenn es nicht mehr dem Belieben des Betroffenen überlassen sei, die verwaltungsrechtliche Durchsetzung des Verwaltungsaktes zu verhindern ¹²⁾. Deshalb setze die straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung

6) BGHSt 23, 86.

7) BayObLGSt 1962, 26; 1957, 203; 1953, 190 ff; 1949/51, 513.

8) BayObLGSt 1962, 26.

9) Der Tatbestand des § 29 Nr. 1 des GastG vom 28. April 1930 (RGBl I S. 146) entspricht dem § 28 I Nr. 2 des GastG vom 5. Mai 1970 (BGBl I S. 465).

Ungehorsam gegen einen vollziehbaren Verwaltungsakt voraus.

Soweit sich die Rechtsprechung auf diese Begründung beruft, überzeugt sie nicht ganz. Aus ihr kann nämlich zwingend nur geschlossen werden, daß der Verstoß gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt den Tatbestand nicht erfüllt. Wieso aber gerade in allen Fällen, in denen der Betroffene sich der Ausführung des Verwaltungsaktes nicht mehr durch freie Willensentschließung entziehen kann, der Tatbestand erfüllt sein soll, wird damit noch nicht nachgewiesen.

b) Dem Ergebnis der Rechtsprechung ist jedoch zu folgen.

(1) Das ergibt sich aus dem gemeinsamen Schutzinteresse der Tatbestände. Der BGH führt in seiner Entscheidung über das Zuwiderhandeln gegen ein Verkehrszeichen aus, der Verstoß gegen einen nach § 80 II VwGO vollziehbaren Verwaltungsakt erfülle den Tatbestand; die Bedürfnisse der staatlichen Ordnung geböten die Beachtung der Verkehrszeichen; gerade § 80 II VwGO sei auf die Durchsetzung und Sicherung dieser Belange ausgerichtet ¹³⁾. Diese Aussage läßt sich für alle Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten verallgemeinern und darüberhinaus auch noch genauer formulieren: Geschützt ist das Interesse der Behörden am Vollzug bestimmter Verwaltungsakte. Die Verwaltung hat ein rechtlich durchsetzbares Interesse am Vollzug der Verwaltungsakte aber nicht nur, wenn dieser unanfechtbar ist, sondern auch, wenn der Verwaltungsakt i.S.d. § 80 II VwGO vollziehbar ist.

10) Vgl. die Nachweise in BayObLGSt 1962, 26 (30).

11) BayObLGSt 1962, 26 (30).

12) BGHSt 23, 86 (92).

13) BGHSt 23, 86 (92 f).

(2) Außerdem ist kein Grund für einen unterschiedlichen Anwendungsbereich der Tatbestandsgruppen ersichtlich. Die Gesetzgeber scheinen das Merkmal des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes ohne besonderen Grund entweder ausdrücklich verwendet oder weggelassen zu haben.

So haben die Gesetzgeber z.B. nicht nach den verschiedenen Rechtsgebieten, auf denen die Verwaltungsakte ergehen, das Merkmal "vollziehbar" benutzt oder weggelassen. Zwar setzen etwa alle Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten nach der Gewerbeordnung die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes voraus ¹⁴⁾, doch fehlt diese Voraussetzung bei den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten im Gaststättenrecht ¹⁵⁾, obwohl auch dieses Rechtsgebiet zum Gewerberecht gehört. Ebenso finden sich z.B. im Abfallbeseitigungsgesetz sowohl Tatbestände, bei denen die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes ausdrücklich genannt ist, als auch sanktionsbewehrte Verwaltungsakte ohne dieses Merkmal ¹⁶⁾. Schließlich sei noch auf die Strafvorschriften und Ordnungswidrigkeiten des Ausländergesetzes hingewiesen, die zum Teil die Vollziehbarkeit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes erwähnen, zum Teil dagegen nicht ¹⁷⁾. Die Gesetzgeber unterscheiden also für die Verwendung des Tatbestandsmerkmals des vollziehbaren Verwaltungsaktes nicht nach den verschiedenen Rechtsgebieten, auf denen der Verwaltungsakt ergeht.

14) Vgl. §§ 143 I Nr. 3, 144 II Nr. 3, 145 I Nr. 2, 3 und III Nr. 8, 11, 146 I Nr. 1 - 3 und III Nr. 7, 147 I Nr. 1, 2 und II Nr. 3, 148 GewO zuletzt geändert am 25. Mai 1976 (BGBl I S. 1278).

15) Vgl. § 28 I Nr. 2 GastG sowie § 28 I Nr. 12 GastG i.V.m. §§ 21 Nr. 3; 19, 3 GastV (NW).

16) Vgl. § 18 I Nr. 3 AbfG.

17) Vgl. § 47 I Nr. 4, § 48 I Nr. 5 und § 47 I Nr. 5, § 48 I Nr. 4 AuslG i.d.F. vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469).

Ebenso hängt die unterschiedliche Tatbestandsfassung nicht von der Rechtsnatur des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes ab. Es fällt zwar auf, daß besonders bei den sanktionsbewehrten Auflagen die Vollziehbarkeit nicht im Tatbestand genannt ist ¹⁸⁾, obwohl häufig sonstige Verfügungen in demselben Gesetz nur als vollziehbare Verwaltungsakte sanktionsbewehrt sind. Es lassen sich aber auch sanktionsbewehrte Auflagen finden, die nach dem Wortlaut der Tatbestände vollziehbar sein müssen ¹⁹⁾. Die Gesetzgeber unterscheiden bei der Verwendung des Merkmals "vollziehbar" also auch nicht nach der Rechtsnatur der Verwaltungsakte.

3. Verstoß gegen regelnde Verkehrszeichen

Im Blankettgesetz des § 24 StVG heißt es:
"Ordnungswidrig handelt, wer einer auf Grund einer ... Rechtsverordnung ergangenen Anordnung zuwiderhandelt ...". Damit sind u.a. die auf Grund der Straßenverkehrsordnung ergehenden straßenverkehrsrechtlichen Verwaltungsakte gemeint. Da der Tatbestand die Vollziehbarkeit der Anordnung nicht als ausdrückliches Tatbestandsmerkmal enthält, muß nach dem oben Gesagten die Vollziehbarkeit der Anordnung ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sein. Vor dem Hintergrund dieser Auslegung fragt es sich, ob damit alle die Fälle vom Tatbestand erfaßt werden, die nach Sinn und Zweck des jeweiligen Blanketttatbestandes eine Ordnungswidrigkeit sein sollen. Problematisch sind insoweit die Tatbestände, in denen die Verstöße gegen regelnde Verkehrszeichen mit Geldbuße bedroht sind; die Tatbestände sind in § 24 StVG i.V.m. §§ 49 III Nr. 4, 41 StVO und i.V.m. §§ 49 III Nr. 5, 42 StVO enthalten. Nach Sinn und Zweck dieser Tatbestände muß die Zuwiderhandlung gegen ein regelndes

18) Vgl. § 18 I Nr. 3 AbfG; § 47 I Nr. 5, § 48 I Nr. 4 AuslG i.d.F. vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469); § 69 I Nr. 6 BSeuchG; § 28 I Nr. 2 GastG; § 18 I Nr. 1 KriegswaffG; § 61 I Nr. 1 PBefG i.d.F. vom 24. August 1976 (BGBl I S. 2439); § 32 I Nr. 3 SprengG.
19) Vgl. § 46 I Nr. 2 AtomG; § 62 I Nr. 3 BImSchG; § 144 II Nr. 3, § 145 I Nr. 3 GewO, zuletzt geändert

Verkehrszeichen schon von dem Zeitpunkt an als Ordnungswidrigkeit ahndbar sein, in dem es aufgestellt wird. Das ist der Fall, wenn die Anordnung bereits vom ersten Augenblick an, in dem sie getroffen wird, "vollziehbar" ist. Die durch die regelnden Verkehrszeichen getroffenen Verwaltungsakte fallen nicht ausdrücklich unter § 80 II VwGO. Deshalb haben die Rechtsprechung²⁰⁾ und die herrschende Meinung²¹⁾ die sofortige Vollziehbarkeit der durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen mit einer Analogie zu § 80 II Nr. 2 VwGO begründet. Nach dieser Vorschrift tritt die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage kraft Gesetzes nicht bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten ein. Der Analogieschluß wird allerdings aus verwaltungsrechtlicher Sicht angegriffen²²⁾; doch kann darauf wegen des Umfangs der verwaltungsrechtlichen Diskussion nicht eingegangen werden. Vielmehr soll nur von der herrschenden Meinung aus erörtert werden, wie sich die analog begründete sofortige Vollziehbarkeit der regelnden Verkehrszeichen auf das Ordnungswidrigkeitenrecht auswirkt²³⁾.

a) Es fragt sich, ob die durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen, welche nicht im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden können, das Tatbestandsmerkmal "vollziehbar" erfüllen. Man denke an die Mißachtung eines Stoppschildes oder Überholverbotszeichens. Die durch das Verkehrszeichen an einen Verkehrsteilnehmer ergehende Anordnung, zu stoppen oder nicht zu überholen, ist mit der Zuwiderhandlung bereits erledigt²⁴⁾; eine Vollstreckung

am 25. Mai 1976 (BGBl I S. 1278); § 55 I Nr. 1 WaffG; § 41 I Nr. 5, 6 e WHG.

20) Vgl. OVG Münster in OVGE 24, 200; BGHSt 23, 86 (89 f); BW VGH, BWVPr. 1974, 58.

21) Vgl. Cramer, Straßenverkehrsrecht Bd. I, § 39 StVO, RN. 8; Redeker/ von Oertzen, VwGO, § 80, Anm. 20; Schunck-De Clerk, VwGO, § 80, Anm. 3, b.

22) Vgl. Hund, BWVPr. 1974, 246; Menger-Erichsen, VerwArch. 59 (1968), 373 ff; Schmidt, DÖV 1970, 663; Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (871 ff).

23) Vgl. § 2, I, 1 b.

24) Vgl. Menger-Erichsen, VerwArch. 59 (1968), 374.

ist nicht mehr möglich. Doch muß gleichwohl der Tatbestand als verwirklicht angesehen werden. Die Geldbußdrohung in den fraglichen Tatbeständen dient ja gerade dazu, die Verkehrsteilnehmer zur Befolgung der Zeichen anzuhalten. Sie ersetzt die fehlende verwaltungsvollstreckungsrechtliche Durchsetzbarkeit und wirkt mittelbar als Vollstreckungsmittel. Die Vollstreckungsunfähigkeit bestimmter durch Verkehrszeichen getroffener Anordnungen darf also die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "vollziehbar" nicht verhindern.

b) Häufig wird geltend gemacht, es widerspreche dem im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Analogieverbot, wenn die Vollziehbarkeit der durch Verkehrszeichen erlassenen Verwaltungsakte mit der analogen Anwendung des § 80 II Nr. 2 VwGO begründet wird ²⁵⁾. Diese Argumentation ist jedoch nicht richtig. Das Analogieverbot im Strafrecht verbietet zwar eine strafbegründende und strafweiternde Analogie ²⁶⁾; gleiches gilt auch im Ordnungswidrigkeitenrecht ²⁷⁾. Gegenstand dieses Verbots sind jedoch die Voraussetzungen des Strafgesetzes oder der Ordnungswidrigkeit. Diese Voraussetzungen werden aber bei der analogen Anwendung des § 80 II Nr. 2 VwGO auf die regelnden Verkehrszeichen nicht berührt. Daß § 24 StVG eine "vollziehbare" Anordnung als Tatbestandsmerkmal voraussetzt, ist durch Auslegung des Tatbestandes ermittelt worden. Ob nun die den Verkehrszeichen zugrunde liegenden Verwaltungsakte vollziehbar sind, betrifft nicht die Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit, sondern die rechtlichen Eigenschaften des Verwaltungsaktes als rechts erheblichen Teil des Sachverhaltes ²⁸⁾. Demnach ist das Analogieverbot nicht verletzt.

25) Arnhold, DAR 1973, 64 (69); Drews/Wacke/Vogel, Gefahrenabwehr Bd. 1. S. 132; Hund, BWVPr. 1974, 246 (249); Strauß, DAR 1970, 92 (93).

26) Schönke-Schröder, StGB, § 1, Rdnr. 28; Wessels, Strafrecht AT, § 2, I, 3.

27) Göhler, OWiG, § 3, Anm. 3, c.

28) Vgl. § 3, III, 3.

§ 15 Die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes als Tatbestandsmerkmal

Die Auslegung der Tatbestände zu der Frage, welchen Grad an Fehlerfreiheit der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt aufweisen muß, ist unter Berücksichtigung des Tatbestandsmerkmals des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes zu beantworten. Dabei sollen zunächst verfassungsrechtliche Argumente außer Betracht bleiben und nur im Wege teleologischer und sonstiger Auslegung vorgegangen werden.

I. Der notwendige Grad an Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes

Die Antwort auf die Frage, ob ein nichtiger Verwaltungsakt einen Tatbestand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt erfüllen kann, folgt aus den bisherigen Erkenntnissen:

Da durch die Tatbestände das Interesse am Gehorsam gegenüber bestimmten vollstreckbaren Verwaltungsakten geschützt wird, muß der maßgebliche Verwaltungsakt vollstreckbar sein. Dazu gehört die besondere Vollstreckungsvoraussetzung der Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes. Zu den Vollstreckungsvoraussetzungen ist aber auch die allgemeine Voraussetzung zu zählen, daß der Verwaltungsakt wirksam ist. Demnach ist die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes Sanktionsvoraussetzung¹⁾. Da sie sich aus dem Sinn und Zweck der Tatbestände ergibt, ist sie zum Unrechtstatbestand zu rechnen und ist, wie die Vollziehbarkeit, ein Tatbestandsmerkmal. Das Ergebnis stimmt - abgesehen von der Begründung - mit der herrschenden Meinung überein²⁾.

1) Aus diesem Grunde ist auch die Zuwiderhandlung gegen sog. Nichtakte straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlich ohne Folge. Ein Nichtakt ist nämlich überhaupt kein Verwaltungsakt, sondern die Handlung eines Unbefugten, die den Schein einer Verwaltungshandlung hat, der Verwaltung aber nicht zugerechnet wird (Wolff-Bachof, VerwR I, § 51, II). Erläßt die Behörde etwa einen offenkundig nicht ernst gemeinten (vgl. Wolff-Bachof, VerwR I, § 51, II c) "sanktionsbewehrten Verwaltungsakt", so kann die Zuwiderhandlung keinen Tatbestand erfüllen.

Zweifelhaft kann jedoch sein, ob diese Lösung auch für die den Straßenverkehr regelnden, sanktionsbewehrten Verwaltungsakte gilt. Man könnte einwenden, die Sicherheit und Ordnung im Straßenverkehr verlangten, daß die regelnden Verkehrszeichen sowie die Zeichen und Weisungen der Polizeibeamten auch dann beachtet werden müßten, wenn die entsprechenden Verwaltungsakte nichtig sind. Denn nichtige verkehrsregelnde Verwaltungsakte schaffen für die Verkehrsteilnehmer einen Vertrauensstatbestand, durch dessen Mißachtung die Sicherheit und Ordnung im Straßenverkehr möglicherweise gefährdet werden. Dennoch kann die Nichtbeachtung eines nichtigen verkehrsregelnden Verwaltungsaktes keinen Tatbestand mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakt erfüllen. Die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten im Straßenverkehrsrecht schützen die Sicherheit und Ordnung im Straßenverkehr nämlich nur insoweit, als diese durch vollziehbare und damit wirksame Verwaltungsakte durchgesetzt werden. Im übrigen dürften nichtige durch Verkehrszeichen getroffene Anordnungen sowie nichtige Zeichen und Weisungen der Polizeibeamten nur selten vorkommen. Sollten durch die Mißachtung eines nichtigen verkehrsregelnden Verwaltungsaktes andere Verkehrsteilnehmer allerdings geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt werden, so kann das Verhalten wegen Verstoßes gegen die straßenverkehrsrechtliche Grundregel des § 1 II StVO gemäß § 24 StVG i.V.m. §§ 49 I Nr. 1, 1 II StVO geahndet werden.

2) Zur Rechtsprechung vergleiche § 5. Zum Schrifttum vergleiche: Lorenz, DVBl. 1971, 165 (166); Mohrbutter, JZ 1971, 213 (214 f); Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (860); Strauß, DAR 1970, 92 (94 f); Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 277.

II. Der ausreichende Grad an Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes

Fraglich bleibt, ob für die Verhängung der Sanktion die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ausreicht oder ob der Verwaltungsakt darüberhinaus rechtmäßig sein muß.

1. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

a) Einige Autoren in der Literatur ³⁾ sind der Ansicht, aus Sinn und Zweck der Tatbestände ergebe sich, daß der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt rechtmäßig sein müsse.

(1) Lorenz ⁴⁾ will die Frage, ob die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts Sanktionsvoraussetzung ist, nach dem vom jeweiligen Tatbestand verfolgten Zweck entscheiden. Er unterscheidet drei verschiedene Tatbestandsgruppen.

Die erste und umfangreichste Gruppe wird seiner Ansicht nach durch jene Tatbestände gebildet, die dem Schutz eines bestimmten, durch den Verwaltungsakt verfolgten materiellen Interesses des gemeinen Wohls dienen. Dazu sollen z.B. die sanktionsbewehrten gaststättenrechtlichen Auflagen nach § 28 I Nr. 2 GastG, die sanktionsbewehrten Abschußverbote nach § 38 BJagdG oder die Tatbestände gehören, die wie § 41 I Nr. 1, 5 WHG bestimmte Anordnungen in Wasserschutzgebieten mit Geldbuße bewehren. Schutzzweck dieser Tatbestände sei nicht die Befolgung der Anordnung als solcher, sondern die Wahrung des durch die Anordnung auf der Grundlage des Gesetzes verfolgten materiellen Interesses. So diene § 28 I Nr. 2 GastG dem Schutz der Gäste vor Gefahren, die von der Gaststätte ausgingen; § 38 BJagdG solle dem Schutz des Wildes dienen; § 41 I Nr. 1, 5 WHG schütze vor Gefahren, die durch die Verunreinigung von Gewässern drohten. Die durch die Verwaltungsakte

3) Giacometti, VerwR, § 33, a.E.; Krause, JuS 1970, 221; Lorenz, DVBl. 1975, 165 (169 ff).

4) Lorenz, DVBl. 1975, 165 (169 ff); im Anschluß an Lorenz auch Wolff-Bachof, VerwR I, § 20, V, b, 2.

angestrebten materiellen Verwaltungszwecke könnten im Rechtsstaat nur erreicht werden, wenn der Verwaltungsakt rechtmäßig sei. Werde deshalb einem sanktionsbewehrten, rechtswidrigen Verwaltungsakt zuwidergehandelt, so werde der von den Tatbeständen bezweckte Rechtsgüterschutz nicht berührt. Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes sei also Sanktionsvoraussetzung.

Bei der zweiten Tatbestandsgruppe soll der Sanktionsgrund nicht in erster Linie in der Gefährdung oder Vereitelung eines bestimmten, durch den Verwaltungsakt zu fördernden materiellen Zweckes liegen, sondern in der Störung der durch den Verwaltungsakt begründeten Ordnung. Beispiele dieser bloß ordnungsstiftenden Verwaltungsakte seien die durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen sowie die Zeichen und Weisungen der Polizeibeamten zur Regelung des Straßenverkehrs. Bei den diese Verwaltungsakte bewehrenden Tatbeständen gehe es nur um den Schutz eines formellen Ordnungsinteresses. Deshalb komme es bei dieser Tatbestandsgruppe nicht auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes an.

Zur dritten Tatbestandsgruppe zählt Lorenz den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 StGB. Strafgrund sei die Außerachtlassung der Autorität der Behörde, so daß § 113 StGB der zweiten Tatbestandsgruppe näherstehe als der ersten. Dem stehe nicht entgegen, daß die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung Strafbarkeitsvoraussetzung sei, da der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 StGB nicht die volle Rechtmäßigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinn verlange.

Die von Lorenz gebildeten Tatbestandsgruppen sind nicht gleichwertig. Die dritte Tatbestandsgruppe muß von vornherein außer Betracht bleiben, da der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte kein Tatbestand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt ist. § 113 StGB soll nämlich nicht die Befolgung eines Verwaltungsaktes schützen. Vielmehr dient der Tatbestand in der Alternative des eigentlichen Widerstandes gegen Voll-

streckungsbeamte der ungestörten Vollstreckungstätigkeit der entsprechenden staatlichen Organe, während durch die Alternative des tätlichen Angriffs die Person des Vollstreckungsbeamten in seiner Stellung als Staatsorgan geschützt werden soll ⁵⁾. Die verbleibenden zwei Tatbestandsgruppen stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander. Zu den sanktionsbewehrten, bloß ordnungsstiftenden Verwaltungsakten rechnet Lorenz nämlich ausschließlich nur die den Straßenverkehr regelnden Verwaltungsakte, während alle übrigen sanktionsbewehrten Verwaltungsakte das materielle Verwaltungsinteresse schützen sollen. Deshalb muß die Kritik bei der ersten Tatbestandsgruppe ansetzen.

Lorenz ⁶⁾ meint, mit der Erkenntnis, daß die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Sanktionsvoraussetzung sei, habe er noch nicht entschieden, ob die Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal oder objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit sei. Eine Antwort auf dieses Problem läßt Lorenz ausdrückliche offen; doch ergibt sie sich stillschweigend aus seinen Ausführungen. Denn gerade weil Lorenz die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes auf Grund teleologischer Auslegung als Sanktionsvoraussetzung ansieht, muß die Rechtmäßigkeit ein Tatbestandsmerkmal sein. Wenn sich nämlich eine Sanktionsvoraussetzung aus dem Sinn und Zweck eines Tatbestandes ergibt, so wird durch sie das typische Unrecht des straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Rechtssatzes beschrieben. Die objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit steht aber gerade außerhalb des tatbestandlichen Unrechts. Demnach kann eine im Wege teleologischer Auslegung eines Tatbestandes ermittelte Sanktionsvoraussetzung keine objektive Bedingung sein; sie ist vielmehr ein Tatbestandsmerkmal. Nach der richtig zu Ende gedachten Ansicht von Lorenz muß die Rechtmäßigkeit des sanktions-

5) Schönke-Schröder, StGB, § 113, Rdnr. 2.

6) Lorenz, DVBl. 1971, 165 (170, FN 91).

bewehrten Verwaltungsaktes also ein Tatbestandsmerkmal sein.

(2) Krause ⁷⁾ führt aus, die Sanktion habe bei den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten nicht die Funktion, die Befolgung von "Anordnungen der Obrigkeit" ohne Rücksicht auf deren Rechtmäßigkeit zu sichern und jedes Aufbegehren des Bürgers gegen formell bestehende Verwaltungsakte zu unterdrücken, sondern allein das in diesen Anordnungen konkretisierte Recht zu schützen. Nur in der Verschiedenheit der jeweils gesicherten Rechtsgüter, d.h. des durch den Verwaltungsakt konkretisierten sachlichen Rechts, liege die Rechtfertigung für die Verschiedenheit der Sanktion. Solle hingegen jeweils das gleiche Rechtsgut, nämlich der Gehorsam gegenüber der Obrigkeit, geschützt werden, dann sei - wenn überhaupt - auch nur eine einheitliche Sanktion angemessen. Wenn die Sanktion ihre Funktion nicht verlieren solle, das konkretisierte Recht zu schützen, dürfe allein der rechtmäßige Verwaltungsakt als sanktioniert angesehen werden. Das soll nach Krause für alle, nicht nur für einen Teil der Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten gelten.

Indem Krause sich darauf beruft, die Sanktion habe die Funktion, das durch die Verwaltungsakte konkretisierte Recht zu schützen, stellt er auf den Sinn und Zweck der Tatbestände ab. Das durch die Verwaltungsakte konkretisierte Recht ist mit dem - wie Lorenz es formuliert - durch die Verwaltungsakte zu verwirklichenden materiellen Verwaltungsinteresse identisch. Daraus folgt, daß die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes auch nach Krause - obwohl er es nicht sagt - Tatbestandsmerkmal und nicht objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit sein soll.

7) Krause, JUS 1970, 221.

b) Außer der Berufung auf das Schutzinteresse der Tatbestände werden gelegentlich noch sonstige nicht-verfassungsrechtliche Argumente für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes als Sanktionsvoraussetzung geltend gemacht:

(1) So wird vorgebracht, der Strafrichter müsse die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes deshalb feststellen, weil es sich bei der den Verwaltungsakt beschreibenden Voraussetzung um ein normatives Tatbestandsmerkmal handle⁸⁾. Zwar ist das Merkmal, welches den Verwaltungsakt beschreibt, normativ. Doch sagt die Einordnung als normative Voraussetzung nichts über den Umfang der Wertungen, die der Strafrichter bei diesem Merkmal vornehmen muß. Auch bei der Prüfung, ob der Verwaltungsakt wirksam ist, hat der Richter nämlich umfangreiche Wertungen zu treffen. Das zeigt gerade die schwierige Abgrenzung zwischen wirksamen und nichtigen Verwaltungsakten.

(2) Es wird ausgeführt, es sei widersprüchlich, wenn der Strafrichter den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt nur auf die Wirksamkeit, eine sanktionsbewehrte Rechtsverordnung oder Satzung dagegen auch auf die Rechtmäßigkeit hin überprüfen müsse. Denn wenn es sogar mit der Staatsautorität vereinbar sei, daß ein fehlerhafter abstrakter Rechtssatz, der für unbestimmt viele Personen gilt, vom Richter unbeachtet gelassen wird, so sei nicht einzusehen, warum der Richter nicht auch einen Verwaltungsakt, der in der Regel nur für eine Einzelperson gilt, auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen soll. Deswegen müsse der Strafrichter bei den sanktionsbewehrten Verwaltungsakten auch deren Rechtmäßigkeit feststellen⁹⁾. Hinter dieser Argumentation steht das Problem, ob es sinnvoll ist, fehlerhafte Verwaltungsakte als grundsätzlich wirksam, fehlerhafte Rechtssätze dagegen als grundsätzlich nichtig anzusehen. Richtig ist es zwar, daß der Strafrichter eine Sanktion nicht verhängen darf,

8) Strauß, DAR 1970, 92 (93).

9) Mohrbutter, JZ 1971, 213 (214).

wenn jemand einer rechtswidrigen Rechtsverordnung oder Satzung, die als echte Blankettergänzung sanktionsbewehrt ist, zuwiderhandelt. Doch kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, Gleiches müsse auch bei einem Verstoß gegen einen rechtswidrigen sanktionsbewehrten Verwaltungsakt gelten. Die Diskussion im Staats- und Verwaltungsrecht geht nämlich nicht dahin, wegen der unterschiedlichen Fehlerwirkungen auf Verwaltungsakte und Rechtssätze den rechtswidrigen Verwaltungsakt für unbeachtlich zu erklären, sondern ist darauf gerichtet, auch fehlerhafte Rechtssätze möglichst als wirksam aufrechtzuerhalten ¹⁰⁾. Insofern kann aus einem Vergleich zwischen rechtswidrigen Verwaltungsakten und rechtswidrigen Rechtssätzen nichts für die Ansicht hergeleitet werden, welche die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes als Sanktionsvoraussetzung ansieht.

(3) Außerdem wird behauptet, die komplizierte dogmatische Unterscheidung zwischen Wirksamkeit und Nichtigkeit spreche dafür, daß die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Sanktionsvoraussetzung sei ¹¹⁾. Bei der Prüfung, ob ein Verwaltungsakt rechtmäßig ist, können jedoch wesentlich mehr schwierige verwaltungsrechtliche Probleme auftauchen als bei der Feststellung der Wirksamkeit; man denke nur an die Frage, ob ein Verwaltungsakt ermessensfehlerfrei erlassen worden ist.

c) Entscheidende Frage ist also, ob die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten das durch die Verwaltungsakte zu regelnde materielle Verwaltungsinteresse schützen. Ihre Beantwortung soll zunächst einmal dahingestellt bleiben. Falls man nämlich der Ansicht ist, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes sei Sanktionsvoraussetzung, so bringt das große dogmatische und praktische Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung mit sich. Diese Auswirkungen sind nicht gesehen worden.

10) Vgl. Lorenz, DVBl. 1971, 165 (167 f) m.w.N..

11) Mohrbutter, JZ 1971, 213 (214).

(1) Wenn das durch die Verwaltungsakte konkretisierte sachliche Recht durch die Tatbestände geschützt wäre, so würde zwar einerseits die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes zur Tatbestandserfüllung nicht ausreichen, doch wäre andererseits eine volle Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes nicht erforderlich.

Ein wirksamer Verwaltungsakte würde den Tatbestand nicht erfüllen können, weil ein solcher Verwaltungsakt das materielle Verwaltungsinteresse nicht zwingend verwirklicht. Das zeigt sich an folgendem Beispiel: Wird einem Gastwirt zum Schutz der Gäste gegen Gefahren für deren Gesundheit gemäß § 5 I Nr. 1 GastG die Auflage gemacht, an Gallenranke keine fetthaltigen Speisen abzugeben, so ist diese Auflage wirksam. Dennoch verwirklicht sie nicht das materielle Verwaltungsinteresse, wie es in der Ermächtigungsgrundlage des § 5 I Nr. 1 GastG zum Ausdruck kommt. Danach sollen die Gäste durch die Auflagen vor Gefahren geschützt werden, die von dem Betrieb der Gaststätte ausgehen, und nicht vor Gefährdungen durch eigenes, selbstverantwortliches Verhalten gesichert werden. Deshalb ist die Auflage rechtswidrig. Eine Zuwiderhandlung gegen die Auflage würde also das Interesse der Verwaltung am Schutz der Gäste vor Gefahren des Gaststättenbetriebs nicht verletzen und damit den Tatbestand des § 28 I Nr. 2 GastG nicht erfüllen können. Wenn man nach dem Grund dafür fragt, warum ein lediglich wirksamer Verwaltungsakt nicht notwendig das in der Ermächtigungsgrundlage festgelegte materielle Verwaltungsinteresse verwirklicht, so muß man sich den Gegenbegriff zur Wirksamkeit, nämlich die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, vor Augen halten. Die Kategorie des nichtigen Verwaltungsaktes ist in ihrem Umfang nämlich von der Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber Verwaltungsakten abhängig; darauf ist schon oft hinge-

wiesen worden ¹²⁾. Da unter der Geltung des Grundgesetzes der Rechtsschutz gegen belastende Verwaltungsakte lückenlos gewährleistet ist, ist heute ein Verwaltungsakt selten nichtig; Nichtigkeit liegt nur bei den in § 44 VwVfG geregelten Fällen vor. Entsprechend hat die Kategorie des wirksamen Verwaltungsaktes einen großen Umfang. Weil demnach die Kategorie des wirksamen Verwaltungsaktes unter anderem auch vom Rechtsschutzsystem und nicht allein von dem materiellen Verwaltungsinteresse, wie es aus der Ermächtigungsgrundlage zum Erlass des Verwaltungsaktes ersichtlich ist, abhängt, genügt ein wirksamer Verwaltungsakt nicht zur Tatbestandserfüllung, falls das materielle Verwaltungsinteresse geschützt sein sollte.

Andererseits wäre aber eine Rechtmäßigkeit im Sinne des Nichtvorhandenseins jeglicher Fehler zur Tatbestandserfüllung nicht erforderlich. Denn nicht jeder Fehler eines Verwaltungsaktes berührt das materielle Verwaltungsinteresse. Ergeht z.B. ein sanktionsbewehrter Verwaltungsakt ohne die gesetzlich vorgeschriebene Begründung und wird diese auch nicht nachgeholt, so ist der Verwaltungsakt rechtswidrig. Dennoch verwirklicht der Verwaltungsakt das materielle Verwaltungsinteresse, falls er keine weiteren Fehler aufweist. Demnach wird durch die Zuwiderhandlung gegen einen unbegründeten Verwaltungsakt das materielle Verwaltungsinteresse verletzt. Der Tatbestand wäre also erfüllt, obwohl der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Ähnlich kann es bei anderen formellen Fehlern liegen. Man denke an die Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften oder die Vorschriften über Zuständigkeiten, soweit diese Fehler nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes führen (vgl. § 44 VwVfG). Auch diese Mängel machen einen Verwaltungsakt grundsätzlich rechtswidrig ¹³⁾, obwohl

12) Jesch, Die Bindung, S. 125; Lorenz, DVBl. 1971, 165 (167); Winkler, Die absolute Nichtigkeit, S. 34.

13) Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 175.

die Fehler zum Teil geheilt werden können (vgl. § 45 VwVfG) und ihretwegen zum Teil auch nicht die Aufhebung des Verwaltungsaktes beansprucht werden kann (vgl. § 46 VwVfG). Trotz solcher formellen Fehler kann ein Verwaltungsakt das in der Ermächtigungsgrundlage zum Ausdruck kommende materielle Verwaltungsinteresse verwirklichen. Eine Zuwiderhandlung müßte also den Tatbestand trotz Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erfüllen.

Aus diesen Erkenntnissen muß gefolgert werden, daß die Rechtmäßigkeit nicht im Sinne einer vollständigen Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal sein könnte, wenn die Tatbestände das durch die Verwaltungsakte durchzusetzende materielle Verwaltungsinteresse schützen sollten ¹⁴⁾. Vielmehr wäre es nötig, einen eigenen straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff zu finden, der von der verwaltungsrechtlichen Rechtmäßigkeit abweichen müßte. Dadurch entstünden große dogmatische Schwierigkeiten wie bei der Festlegung der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung in § 113 StGB ¹⁵⁾ und in § 136 StGB ¹⁶⁾.

(2) Wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Sanktionsvoraussetzung wäre, könnte die Beurteilung der Rechtmäßigkeit durch den Strafrichter von der des Verwaltungsgerichts abweichen, falls dieses zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes angerufen ist. Um widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, müßte der Strafrichter das Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gemäß § 262 StPO bzw. gemäß § 71 OWiG i.V.m. § 262 StPO aussetzen. Das Aussetzungsrecht gilt nämlich auch für öffentlich-rechtliche Vorfragen ¹⁷⁾. Bei der im pflichtgemäßen Ermessen des Strafrichters stehenden Aussetzung des Verfahrens läuft die Verjährung jedoch weiter. Gemäß § 78 b I 1 StGB bzw. gemäß § 32 I 1 OWiG ruht die Ver-

14) So auch Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 279 f.

15) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, § 113, Rdnr. 18 ff.

16) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, § 136, Rdnr. 27 ff.

17) Kleinknecht, StPO, § 262, Rdnr. 4; Löwe-Rosenberg, StPO, § 262, Anm. 1, b.

jäh rung aber, solange nach dem Gesetz die Verfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. Im Sinne dieser Vorschriften kann das Verfahren nicht fortgesetzt werden, wenn der Strafrichter das Verfahren aussetzen muß, weil er an die verwaltungsgerichtliche Entscheidung gebunden ist ¹⁸⁾. Der Strafrichter ist jedoch grundsätzlich nicht an Urteile anderer Gerichte gebunden, die über eine für das Verfahren erhebliche Vorfrage rechtskräftig entschieden haben, es sei denn, es handelt sich um Gestaltungsurteile ¹⁹⁾. Demnach ist der Strafrichter nach der im Strafrecht einhellig vertretenen Meinung auch nicht an feststellende Urteile der Verwaltungsgerichte über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes gebunden, wenn diese etwa auf die Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO oder die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO hin ergehen. In diesen Fällen könnte also durch eine Aussetzung des Verfahrens die Verjährung eintreten. Diese Gefahr besteht besonders bei Ordnungswidrigkeiten, da diese gemäß § 31 OWiG je nach der Höhe des Sanktionsrahmens der Ordnungswidrigkeit schon nach sechs Monaten bis drei Jahren verjähren. Deshalb kann der Strafrichter, wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Sanktionsvoraussetzung wäre, vor der Alternative stehen, entweder eine Entscheidung zu treffen, die möglicherweise von der des angerufenen Verwaltungsgerichts abweicht, oder, wenn er dies durch eine Aussetzung verhindern will, es auf den Eintritt der Verjährung ankommen zu lassen.

(3) Außerdem ergeben sich schwierige Irrtumsprobleme, wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal ist. So müßte der Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes als vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum angesehen werden. Ob eine Sanktion verhängt werden könnte, hinge dann von der weiteren Frage ab, ob

18) Rotberg, OWiG, § 32, Anm. 4; Schönke-Schröder, StGB, § 78 b, Rdnr. 4.

19) Löwe-Rosenberg, StPO, § 262, Anm. 7 a und FN 25; Müller-Sax (KMR), StPO, § 262, Anm. 3; E. Schmidt, StPO, § 262, Erl. 2, 21; a.A. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 121, Rdnr. 36 f.

der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung ahndbar ist.

2. Wirksamkeit des Verwaltungsaktes

Im Ergebnis ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß nur die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal ist ²⁰⁾. Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ist weder Tatbestandsmerkmal noch objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit.

a) Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ist kein Tatbestandsmerkmal. Das ergibt sich in erster Linie aus dem Schutzzweck der Tatbestände. Gegenargumente greifen nicht durch.

(1) Tatbestandsmerkmal ist allein die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, da durch die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten das Interesse am Gehorsam gegenüber bestimmten vollstreckbaren Verwaltungsakten geschützt wird. So wie sich aus diesem Schutzinteresse einerseits ergibt, daß ein nichtiger Verwaltungsakt einen Tatbestand nicht erfüllen kann, so folgt daraus andererseits, daß die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes kein Tatbestandsmerkmal ist. Zur Vollstreckung muß ein Verwaltungsakt nämlich nicht rechtmäßig sein. Das muß dann aber auch bei dem straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Schutz für vollstreckbare Verwaltungsakte gelten. Außerdem legt der einzige Tatbestand, in dem die Rechtmäßigkeit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes ausdrücklich genannt ist - nämlich bei der unerlaubten Ansammlung nach § 113 OWiG - den Umkehrschluß nahe, in allen anderen Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten sei nur das Interesse am Gehorsam gegenüber bestimmten vollstreckbaren Verwaltungsakten geschützt.

20) Zur Rechtsprechung vergleiche § 5. Zum Schrifttum vergleiche: Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 7; Blei, JZ 1957, 602 (604); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, RdNr. 28; Käab-Rösch, Bay. LStVG, Art. 4, RdNr. 1; Löwe-Rosenberg, StPO, § 262, Anm. 2, e; Mühlhaus, VOR 1973, 95 (103); Schenke, JR 1970, 449 (450).

(2) Die gegenteilige Ansicht, daß das Interesse am Gehorsam gegenüber dem das materielle Verwaltungsinteresse durchsetzenden Verwaltungsakt geschützt ist und deshalb die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal ist, überzeugt nicht.

Zwar sind vielfach die Ermächtigungsgrundlagen zum Erlaß der Verwaltungsakte als Blankettergänzungen Teile der Tatbestände. Daraus könnte man schließen, daß nur Zuwiderhandlungen gegen solche Verwaltungsakte sanktionsbewehrt sein sollen, welche das in der Ermächtigungsgrundlage zum Ausdruck gekommene materielle Verwaltungsinteresse verwirklichen und insoweit rechtmäßig sind. Das kann aber nicht richtig sein, weil ein Verwaltungsakt, der sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage hält, deshalb noch nicht notwendig das materielle Verwaltungsinteresse durchsetzt. Der Verwaltungsakt muß nämlich z. B. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen und mit den Grundrechten in Einklang stehen. Wird also etwa einem Gastwirt die sanktionsbewehrte Auflage gemacht, zum Schutz der Allgemeinheit vor Gefährdungen durch den Pkw-Verkehr der Gäste einen bewachten Parkplatz einzurichten, so kann dieser Verwaltungsakt durch § 5 I Nr. 3 GastG gedeckt sein, allerdings gleichwohl dem materiellen Interesse der Verwaltung an einem inhaltlich rechtmäßigen Schutz der Allgemeinheit deshalb nicht entsprechen, weil die Auflage etwa unverhältnismäßig ist oder gegen den Gleichheitssatz verstößt. Demnach läßt sich aus der zum Tatbestand gehörenden Ermächtigungsgrundlage nicht entnehmen, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes sei Tatbestandsmerkmal.

Weiter wird geltend gemacht, nur wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal sei, lasse es sich erklären, warum in den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten unterschiedlich hohe Sanktionen angedroht seien ²¹⁾. So kann z. B. der

21) Hierauf hat Krause, JuS 1970, 221 hingewiesen; vgl. § 15, II, 1, a.

Ungehorsam gegen eine Auflage nach § 7 a II AbfG gemäß § 18 AbfG mit einer Geldbuße bis zu 100.000,- DM, dagegen der Ungehorsam gegen eine Auflage nach § 5 GastG gemäß § 28 I Nr. 2 GastG nur mit einer Geldbuße bis zu 10.000,- DM geahndet werden. Doch lassen sich die unterschiedlichen Sanktionsrahmen der Tatbestände auch dann erklären, wenn das Unrecht der Zuwiderhandlungen nur im Verstoß gegen wirksame, vollstreckbare Verwaltungsakte liegt. Zwar ist allen Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten gemeinsam, daß durch sie der Verstoß gegen vollstreckbare Verwaltungsakte mit Sanktionen bedroht wird; insoweit sind die unterschiedlich hohen Sanktionsrahmen der Tatbestände nicht verständlich. Der Sinn der unterschiedlichen Sanktionsrahmen wird aber aus dem Tatbestandsmerkmal der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes deutlich. Die auf Grund § 5 GastG ergehenden wirksamen Verwaltungsakte regeln z. B. einen anderen Lebensbereich als die Verwaltungsakte, die auf Grund § 7 a II AbfG wirksam erlassen werden; diese wollen bestimmte Gefahren abwehren, die von einem Gaststättenbetrieb ausgehen, jene sollen bestimmte Gefahren verhüten, die von Abfallbeseitigungsanlagen ausgehen. Die Verstöße gegen Verwaltungsakte, die verschiedene Lebensbereiche regeln, haben auch jeweils einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt, so daß sich daraus die verschiedenen Sanktionsrahmen der Tatbestände erklären. Dem steht nicht entgegen, daß auch rechtswidrige Verwaltungsakte nach der hier vertretenen Ansicht sanktionsbewehrt sind und wegen ihrer Rechtswidrigkeit häufig sogar den bestimmten Lebensbereich nicht so regeln wie es nach dem Gesetz sein sollte. Denn auch rechtswidrige Verwaltungsakte beziehen sich immerhin noch auf den in der Ermächtigungsgrundlage angegebenen Lebensbereich wie das an der gaststättenrechtlichen, rechtswidrigen Auflage ersichtlich ist, an Trunksüchtige keinen Alkohol mehr auszuschenken²²⁾.

22) Vgl. dazu § 5, I, 3.

Dieser Bezug ist erst dann nicht mehr gegeben, wenn der Verwaltungsakt nichtig ist.

b) Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ist auch keine objektive Bedingung der Straf- bzw. Ahndbarkeit. Das ergibt sich aus der konkreten Auslegung des Tatbestandsmerkmals "vollziehbar". Gleichzeitig folgt daraus noch einmal, daß die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes kein Tatbestandsmerkmal sein kann.

(1) Liegt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung ein unanfechtbarer Verwaltungsakt vor, so kann die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nicht zum Freispruch führen. Sinn der Unanfechtbarkeit ist es nämlich nicht nur, daß der Verwaltungsakt von der Unanfechtbarkeit an endgültig vollstreckbar ist, sondern auch, daß der Adressat grundsätzlich nicht mehr Aufhebung des Verwaltungsaktes wegen dessen Rechtswidrigkeit verlangen kann ²³⁾. Nun geht es hier zwar nicht um die Aufhebung des Verwaltungsaktes. Doch da die Unanfechtbarkeit Tatbestandsmerkmal ist - entweder unmittelbar wie in Art. 4 bay. LStVG oder mittelbar als Unterfall des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes -, kann das nur bedeuten, daß die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes unbeachtlich sein soll.

(2) Anders könnte es sein, wenn im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung ein nach § 80 II VwGO vollziehbarer Verwaltungsakt vorliegt. Die sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 II Nr. 4 VwGO kann nämlich nur angeordnet werden, wenn sie im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines der Beteiligten liegt. Bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen im Aussetzungsverfahren nach § 80 IV, V VwGO wird u. a. geprüft, ob der Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig oder rechtswidrig ist ²⁴⁾. Gleiches gilt auch, wenn überprüft

23) Redeker/von Oertzen, VwGO, § 80, Anm. 88.

24) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, Rdnr. 47;
Schunck-De Clerk, VwGO, § 80, Erl. 5, b, aa.

wird, ob die Vollziehbarkeit i.S.d. § 80 II Nr. 1 -3 VwGO aufrechterhalten bleiben soll ²⁵⁾. Daraus könnte gefolgert werden, daß es bei der Zuwiderhandlung gegen einen nach § 80 II VwGO vollziehbaren Verwaltungsakt doch nicht nur auf die Wirksamkeit, sondern auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ankommt.

Diese Folgerung kann aber nicht richtig sein. Zum einen war früher bei vielen Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten lediglich die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes Tatbestandsvoraussetzung ²⁶⁾. Indem die Gesetzgeber aber heute nicht mehr nur auf die Unanfechtbarkeit, sondern auf die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes abstellen, wollten sie den Bereich der Straf- bzw. Ahndbarkeit erweitern; das gilt auch für die Tatbestände mit ungeschriebenen Vollstreckungsvoraussetzungen. Dieses Ziel würde aber wesentlich beeinträchtigt, wenn man annähme, in den Fällen der Zuwiderhandlung gegen einen nach § 80 II VwGO vollziehbaren Verwaltungsakt müsse der Verwaltungsakt für die Verhängung der Sanktion rechtmäßig sein. Zum anderen ist zu bedenken, daß sowohl die Unanfechtbarkeit als auch die Vollziehbarkeit i.S.d. § 80 II VwGO als Tatbestandsmerkmale dieselbe Funktion ausüben, nämlich die Vollstreckbarkeit des Verwaltungsaktes beschreiben. Die gleichartige Bedeutung der Vollstreckungsvoraussetzungen zwingt dazu, aus ihnen keine unterschiedlichen Folgerungen zu ziehen. Schließlich käme man auch, wenn bei der Zuwiderhandlung gegen einen nach § 80 II VwGO vollziehbaren Verwaltungsakt die Rechtmäßigkeit entscheidend wäre, zu dem eigenartigen Ergebnis, daß der Verstoß gegen ein und denselben Verwaltungsakt, der ein dauerhaftes Ge- oder Verbot ausspricht, je nach Vorliegen der verschiedenen Vollstreckungsvoraussetzungen straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich unterschiedlich bewertet werden müßte.

25) Schunck-De Clerk, VwGO, § 80, Erl. 5, a, aa.

26) Vgl. RGSt 29, 50 (51); BayObLGSt 1949/51, 513; BayObLGSt 1962, 26 (30) m.w.N..

c) Diese Lösung hat außerdem den Vorteil, daß die dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten vermieden werden, die - wie oben beschrieben - entstünden, wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes Sanktionsvoraussetzung wäre.

§ 16 Die verfassungsrechtliche Bewertung

Es fragt sich, ob die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten in der hier vertretenen Auslegung hinreichend bestimmt sind. Gelegentlich wird auch geltend gemacht, es verstoße gegen das Rechtsprechungsmonopol der Richter und die alleinige Bindung der Richter an das Gesetz, wenn der Strafrichter den Verwaltungsakt nur auf die Wirksamkeit zu überprüfen habe ¹⁾. Außerdem wird noch die Verletzung der Rechtsschutzgarantie gerügt ²⁾.

I. Die inhaltliche Bestimmtheit der Tatbestände

Sinn des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 II GG ist es, das unter Straf- oder Geldbußdrohung stehende Verhalten voraussehbar und berechenbar zu machen. Diese Anforderungen sind erfüllt, wenn die Formulierung der Tatbestände eine zuverlässige und feste Grundlage für die Rechtsprechung bildet, so daß das sanktionsbedrohte Verhalten durch Auslegung ermittelt werden kann ³⁾. Das sanktionsbedrohte Verhalten könnte aus den Tatbestandsmerkmalen "zuwiderhandeln", "nicht nachkommen", etc. oder den Ermächtigungsgrundlagen zum Erlaß der Verwaltungsakte oder den sanktionsbewehrten Pflichten, die hinter jedem Tatbestand stehen, entnommen werden. Dabei ist es nicht möglich, die Frage nach der Bestimmtheit der Tatbestände endgültig zu beantworten. Vielmehr hängt dies von der einzelnen Tatbestandsfassung ab.

1) Mohrbutter, JZ 1971, 213 (216); BayObLG, NJW 1965, 1973 (1977).

2) Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (862 f); BayObLG, NJW 1965, 1973 (1977).

3) Schönke-Schröder, StGB, § 1 Rdnr. 21; Wessels, Strafrecht AT, § 2, I, 1; Lemmel, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 53 f, m.w.N..

Deshalb können nur die Grundsätze dargestellt werden, nach denen die Bestimmtheit der Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten festzustellen ist.

1. Die Tatbestandsmerkmale "zuwiderhandeln",
"nicht nachkommen" etc.

Die Tatbestände beschreiben die sanktionsbedrohte Handlung meistens mit Begriffen wie dem Verwaltungsakt "zuwiderhandeln" ⁴⁾, ihm "nicht nachkommen" ⁵⁾. Daraus läßt sich noch nicht entnehmen, worin das für den einzelnen Tatbestand typische, sanktionsbedrohte Verhalten liegt. Das Zuwiderhandeln oder das Nichtnachkommen ist nämlich allen Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten gemeinsam. Zwar ist manchmal die Handlung durch weitere Tatbestandsmerkmale näher beschrieben. So heißt es gelegentlich, ordnungswidrig handelt, wer dem Verwaltungsakt "nicht, nicht rechtzeitig, nicht vollständig nachkommt" ⁶⁾. Dadurch wird das sanktionsbedrohte Verhalten nicht deutlicher, sondern nur klar gestellt, daß auch bei lediglich teilweiser Nichtbefolgung des Verwaltungsaktes der Tatbestand verwirklicht ist. Das muß aber ebenso bei den Tatbeständen gelten, die diese weiteren Merkmale nicht enthalten. Denn ein Zuwiderhandeln liegt auch dann vor, wenn etwa ein termingebundener Verwaltungsakt nicht rechtzeitig befolgt wird. Andere, allerdings selten vorkommende Tatbestände erschöpfen sich nicht in der schlichten Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt. Sie setzen eine besondere Art der Nichtbefolgung voraus, indem sie etwa eine beharrlich wiederholte Zuwiderhandlung ⁷⁾ verlangen, oder es muß durch die Zuwiderhandlung ein besonderer Erfolg eingetreten sein, wie etwa eine Gefahr für Leib oder Leben eines Menschen oder für Sachen von be-

4) Vgl. etwa § 46 I Nr. 3 AtomG; § 62 I Nr. 7 BImSchG; § 69 Nr. 10 BSeuchG, § 32 I Nr. 1 SprengG.

5) Vgl. etwa § 62 I Nr. 5 BImSchG, § 28 I Nr. 2 GastG, § 32 I Nr. 3 SprengG.

6) Vgl. etwa FN 5.

7) Vgl. § 148 Nr. 1 GewO.

deutendem Wert ⁸⁾. Dadurch wird das tatbestandliche Verhalten teilweise hinreichend bestimmt umschrieben. Doch bleibt die nähere Charakterisierung der Zuwiderhandlung auch hier offen.

Aus den Tatbestandsmerkmalen "zuwiderhandeln", "nicht nachkommen" etc. ist also kein für jeden einzelnen Tatbestand typisches sanktionsbedrohtes Verhalten ersichtlich.

2. Die Ermächtigungsgrundlagen zum Erlaß der Verwaltungsakte

Das OLG Hamburg meinte in einer Entscheidung zum Vorläufer des jetzigen § 28 I Nr. 2 GastG, aus den einzelnen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß der gaststättenrechtlichen Auflagen könne man "erkennen und voraussehen, welche Handlungen oder Unterlassungen ge- oder verboten und welche Verhaltensweisen mit Strafen bedroht sind" ⁹⁾.

Das ist so nicht richtig. Es würde nämlich bedeuten, daß der Ermächtigungsgrundlage des § 5 I Nr. 3 GastG entnommen werden könnte, welche Verhaltensweisen des Gastwirts, durch die z. B. die Bewohner des Betriebsgrundstücks erheblich belästigt würden, sanktionsbedroht wären. Das aus der Ermächtigung möglicherweise ableitbare ge- oder verbotene Verhalten ist jedoch nur insoweit sanktionsbewehrt, als es vorher von der Verwaltungsbehörde durch Verwaltungsakt angeordnet worden ist. Anderenfalls würde ein Gastwirt schon dann auf Grund von § 28 I Nr. 2 i.V.m. § 5 I Nr. 3 GastG ordnungswidrig handeln, wenn er etwa eine besondere lautstarke Mikrofonanlage betreibt und dadurch die Bewohner des Betriebsgrundstücks erheblich belästigt. Dem kann nicht gefolgt werden, da eine Ordnungswidrigkeit erst begangen sein kann, wenn der Betriebs-

8) Vgl. etwa § 148 Nr. 2 GewO; § 33 SprengG.

9) OLG Hamburg, MDR 1964, 860 (861).

inhaber einem entsprechenden Verwaltungsakt keine Folge leistet.

3. Die sanktionsbewehrte Pflicht

Man könnte daran denken, das sanktionsbedrohte Verhalten aus der Pflicht, der zuwidergehandelt wird, abzuleiten. Dann müßte aus den Tatbeständen die sanktionsbewehrte Pflicht und aus dieser das gebotene oder verbotene Verhalten hinreichend bestimmt ersichtlich sein. Wenn nämlich schon die tatbestandliche Pflicht inhaltlich nicht hinreichend erkennbar ist, so kann daraus erst recht kein bestimmtes sanktionsbedrohtes Verhalten abgeleitet werden. Wegen des Gesetzesvorbehalts des Art. 103 II GG ist die tatbestandliche Pflicht nicht mit der durch einen einzelnen Verwaltungsakt ausgesprochenen Pflicht identisch. Die Gesetzgeber mußten die sanktionsbewehrten Pflichten vielmehr auf der Ebene der Tatbestände abstrakt generell beschreiben.

a) Die tatbestandlichen Pflichten ergeben sich aus dem rechtlich geschützten Interesse. Danach bestehen die sanktionsbewehrten Pflichten in dem Gehorsam gegenüber bestimmten wirksamen und vollstreckbaren Verwaltungsakten. Diese Pflichten wären unbestimmt, wenn sie bei jedem Tatbestand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt den gleichen Inhalt hätten. Dann wären die Pflichten der verschiedenen Tatbestände nämlich nicht voneinander abgrenzbar, und die einzelnen Tatbestände würden keinen tatbestandstypischen Unrechtsgehalt aufweisen. Wenn die Tatbestände dementsprechend kein jeweils tatbestandstypisches Unrecht beschreiben würden, so wäre nicht erkennbar, welcher der vielen Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten bei einem Ungehorsam gegenüber einem Verwaltungsakt erfüllt wäre. Da die Tatbestände außerdem in Art und Höhe unterschiedliche Sanktionen androhen, wäre weder für den betroffenen Bürger noch für das Gericht erichtlich, welche Sanktion und bis zu welcher Höhe eine Sanktion

verhängt werden dürfte. Demnach würde das Fehlen eines tatbestandstypischen Unterschieds zwischen den Tatbeständen das Bestimmtheitsgebot verletzen.

Stellt man nun lediglich auf den Gehorsam gegenüber vollstreckbaren Verwaltungsakten ab, so kann man keinen tatbestandstypischen Unterschied bei den sanktionsbewehrten Pflichten feststellen. Dieser Aspekt der Gehorsamspflicht ist nämlich allen Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten gemeinsam. Bestünde demnach das tatbestandstypische Unrecht lediglich im Verstoß gegen vollstreckbare Verwaltungsakte, so wären die Tatbestände unbestimmt. Den Tatbeständen liegen deshalb nur dann jeweils tatbestandstypische Pflichten zugrunde, wenn ihnen entnommen werden kann, welche von Tatbestand zu Tatbestand inhaltlich unterschiedlichen Verwaltungsakte sanktionsbewehrt sind.

(1) Bei den unechten Blankettatbeständen ¹⁰⁾ ergibt sich die tatbestandstypische, sanktionsbewehrte Pflicht aus der Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß der Verwaltungsakte sowie dem Tatbestandsmerkmal, welches den Verwaltungsakt beschreibt. Die Ermächtigungsgrundlagen sind nämlich bei allen Tatbeständen unterschiedlich. Daraus wird deutlich, daß die tatbestandlichen Pflichten einen jeweils unterschiedlichen Inhalt haben, nämlich vollstreckbare Verwaltungsakte zu befolgen, die auf die jeweilige Ermächtigungsgrundlage zurückgeführt werden können. Nun ist oben ¹¹⁾ zwar ausgeführt worden, daß ein Verwaltungsakt wirksam sein kann, ohne daß er sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage hält. Das spricht jedoch nicht dagegen, daß aus der Ermächtigungsgrundlage die für jeden Tatbestand typische sanktionsbewehrte Pflicht abgeleitet werden kann. Die Ermächtigungsgrundlage ist nämlich, wenn auch nicht der alleinige, so

10) Vgl. § 3, FN 11.

11) Vgl. § 15, II, 1, c.

doch ein wesentlicher Bezugspunkt für die Beurteilung, ob ein Verwaltungsakt wirksam ist. Deshalb muß es für die Unterscheidbarkeit der jeweiligen tatbestands-typischen Pflichten genügen, wenn man sie in der Befolgung wirksamer, auf die Ermächtigungsgrundlage zurück-führbarer Verwaltungsakte sieht.

(2) Bei den echten Blankettatbeständen mit sanktions-bewehrten Verwaltungsakten ¹²⁾ ist zu beachten, daß die Tatbestände aus dem formell gesetzlichen Tatbestandsteil und den materiell gesetzlichen Blankettergänzungen in Form einer Rechtsverordnung oder Satzung bestehen. Diese Tatbestände sind nur dann inhaltlich bestimmt, wenn schon auf Grund des formell gesetzlichen Tatbestands-teils die Voraussetzungen der Straf- oder Ahndbarkeit erkennbar sind; Maßstab hierfür ist Art. 80 I 1 GG ¹³⁾. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, die Regelungen in der Rechtsverordnung müßten von den Bürgern "im wesentlichen" vor auszusehen und "der gerichtlichen Prüfung" zugänglich sein ¹⁴⁾. Noch deutlicher sagt das Gericht an anderer Stelle ¹⁵⁾: "Die Ermächtigung braucht ... die Tatbestände nicht in allen Einzelheiten zu regeln. Den Anforderungen des Art. 103 II GG an eine ... Ermächtigung ist Genüge getan, wenn sich aus ihr die möglichen Straftatbestände einschließlich der Schuld-form ... nach den anerkannten Regeln juristischer Aus-legung hinreichend deutlich bestimmen lassen". Ist dem-nach aus den Voraussetzungen der formell gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß der Rechtsverordnung erkennbar, welche verwaltungsrechtlichen Regelungen der Verordnungsgeber treffen darf, so ist damit auch die für jeden Tatbestand typische Gruppe wirksamer sanktions-

12) Vgl. § 3, FN 31.

13) Vgl. Jescheck, Strafrecht AT, § 13, II; Schönke-Schröder, StGB, § 1, Rdnr. 11 unter Berufung auf BVerfGE 14, 174; 14, 245; 22, 25; 32, 346.

14) BVerfGE 14, 245 (253).

15) BVerfGE 32, 346 (363).

bewehrter Verwaltungsakte voraussehbar ¹⁶⁾.

b) Fraglich ist nun, ob aus der für jeden Tatbestand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt typischen Pflicht das sanktionsbedrohte Verhalten hinreichend bestimmt erkennbar ist.

(1) Vor dem Hintergrund, daß die tatbestandstypischen Pflichten erkennbar sind, muß es genügen, daß die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen mit Begriffen wie "zuwiderhandeln" und "nicht nachkommen" beschrieben sind. Da der Unrechtsgehalt der Tatbestände nämlich im Verstoß gegen die durch den Verwaltungsakt konkretisierte Pflicht besteht, kommt es auf die Art und Weise der Zuwiderhandlung gegen die Pflicht nicht an. Es soll gerade irrelevant sein, durch welches Verhalten gegen die durch den Verwaltungsakt angeordnete Pflicht verstoßen wird. Vielmehr soll jede Art der Zuwiderhandlung gegen den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt den Tatbestand erfüllen.

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die Gesetzgeber das sanktionsbedrohte Verhalten um so präziser bestimmen müssen, je schwerer die angedrohte Sanktion ist ¹⁷⁾. Je schwerer nämlich die angedrohte Sanktion ist, desto größer ist das Bedürfnis des Bürgers zu wissen, bei welchem Verhalten die Sanktion verhängt werden kann. Die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten sind zum größten Teil Ordnungswidrigkeiten und drohen deshalb nur Geldbußen, aber keine Kriminalstrafen an.

16) Kritisch dazu Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 263.

17) Vgl. BVerfGE 14, 245 (251).

Da die Geldbuße im Gegensatz zur Kriminalstrafe in der Regel nur bei mindergewichtigen Unrechtstatbeständen angedroht wird, handelt es sich um leichtere Sanktionen. Demnach genügt es, daß grundsätzlich nur die tatbestandstypische Pflicht ersichtlich ist und das sanktionsbedrohte Verhalten mit den Begriffen "zuwiderhandeln", "nicht nachkommen" beschrieben ist. Soweit die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten im Nebenstrafrecht vorkommen, enthalten sie überwiegend dagegen auch eine Beschreibung der Verhaltenspflicht¹⁸⁾.

(2) Tiedemann¹⁹⁾ meint, Art. 103 II GG verlange neben der Erkennbarkeit des Wertes und seiner Verbindung mit der Handlung eine bereits im abstrakten Gesetz vorhandene Verhaltensumschreibung. An anderer Stelle²⁰⁾ führt er aus, zwar werde durch die Angabe der geschützten Interessen ein wesentlicher Bezugspunkt des Strafbaren geschaffen, werde vor allem die Pönalisierung des Ungehorsams durch eine materiale Konzeption der Straftat ersetzt. Die Rechtswertbezeichnung besage aber nichts über Art und Umfang der Ausgestaltung des Werteschutzes, über die generelle Tendenz der schützenden untergesetzlichen Akte, über Vorverlegung oder Zurückziehung der strafrechtlichen Verteidigungslinie. In wieder anderem Zusammenhang erklärt Tiedemann²¹⁾, wenn der Gesetzgeber das Blankettstrafgesetz als Rahmen zur Verfügung stelle, erkläre er das gesamte menschliche Fehlverhalten gegenüber den diesen Rahmen potentiell ausfüllenden Verwaltungsemonationen für strafwürdig. Für die strafrechtliche Beurteilung widerspreche diese potentielle Ausdehnung des kriminellen Unrechtsvorwurfs dem Art. 103 II GG.

18) §§ 148, 143 I Nr. 3 GewO; § 42 SprengG; § 53 III Nr. 6 WaffG.

19) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 258.

20) Tiedemann, a.a.O., S. 257 f.

21) Tiedemann, a.a.O., S. 263.

Auch Tiedemann dürfte im Ergebnis die untersuchten Tatbestände als verfassungskonform anerkennen. Zwar wird aus seiner wiedergegebenen Ansicht deutlich, daß die Tatbestände auf der Ebene des gesetzlichen Tatbestandes nicht hinreichend bestimmt sein sollen. Die Garantiefunktion des Art. 103 II bezieht sich seiner Meinung nach aber auch auf "die durch Konkretion der abstrakten Gesetzesnorm gewonnenen konkreten Sollensnormen" ²²⁾; damit meint er die durch den einzelnen Verwaltungsakt auferlegte Pflicht. Demnach können die Tatbestände durch verfassungskonforme Begrenzung der Strafbarkeit als hinreichend bestimmt angesehen werden, indem "wenigstens für die Ebene des Konkreten eine Verhaltensumschreibung" herzustellen sei, "welche mehr als die bloße Tatsache eines Verstoßes gegen die verwaltungsrechtlichen Pflichten" ausdrücke ²³⁾. Eine weitere Möglichkeit zur Einschränkung der Weite des Strafbaren sieht Tiedemann außerdem gerade darin, daß die Tatbestände auf die Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass der Verwaltungsakte verweisen ²⁴⁾.

II. Das Rechtsprechungsmonopol und die Gesetzesbindung der Richter

Nach Art. 92, 1 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Danach dürfen nur Richter rechtsprechen. Sie haben das Rechtsprechungsmonopol. Daraus wird einerseits die Ansicht abgeleitet, eine Bindung des Strafrichters an einen nichtigen sanktionsbewehrten Verwaltungsakt wäre mit Art. 92, 1 GG nicht vereinbar ²⁵⁾. Andererseits soll es auch gegen Art. 92, 1 GG verstoßen, wenn der Strafrichter den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt nur auf die Wirksamkeit, nicht aber die Rechtmäßigkeit überprüfen dürfe; falls der Richter nämlich an einen wirksamen Verwaltungsakt gebunden sei, bedeute das, der Verwaltung werde ein Teil der rechtsprechenden Gewalt überlassen ²⁶⁾.

22) Tiedemann, a.a.O., S. 208.

23) Tiedemann, a.a.O., S. 265.

24) Tiedemann, a.a.O., S. 266.

25) BayObLG, NJW 1965, 1973 (1977).

26) Mohrbutter, JZ 1971, 213 (216).

Dieselben Ansichten werden auch aus Art. 97 I GG gefolgert ²⁷⁾. Nach dieser Vorschrift ist der Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Es wird behauptet, insbesondere wenn der Richter nur die ~~Wirksamkeit~~ des Verwaltungsaktes feststellen müsse, sei er nicht mehr ausschließlich dem Gesetz unterworfen, sondern auch an eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde gebunden.

Aus dem Rechtsprechungsmonopol sowie der Gesetzesbindung der Richter läßt sich jedoch für die Frage nach dem notwendigen Grad an Fehlerfreiheit des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes nichts herleiten ²⁸⁾. Maßgeblicher Sinn des Art. 92, 1 GG ist es, die rechtssprechende Tätigkeit ausschließlich den Richtern zuzuweisen ²⁹⁾. So darf die Kriminalstrafe wegen Art. 92, 1 GG nur durch einen Strafrichter verhängt werden; für die Verhängung der Geldbuße ist das jedoch nicht erforderlich. Art. 92, 1 GG sagt dagegen nichts über die Voraussetzungen eines Tatbestandsmerkmals in einem Rechtssatz, dessen Anwendung materiell rechtssprechende Tätigkeit ist oder, wie bei den Ordnungswidrigkeiten, den Richtern zur repressiven Kontrolle zugewiesen ist. Die Gesetzesbindung des Richters gemäß Art. 97 I GG ist ebenfalls nicht verletzt, da der Richter - unabhängig von den Anforderungen an den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt - in jedem Fall an den vom Gesetzgeber geschaffenen Tatbestand gebunden ist und deshalb nur ein Gesetz anwendet.

III. Die Rechtsschutzgarantie

Gelegentlich wird ausgeführt, aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG ergebe sich, daß der Verstoß gegen einen nichtigen Verwaltungsakt einen Tatbe-

27) BayObLG, NJW 1965, 1973 (1977); Mohrbutter, JZ 1971, 213 (216).

28) Im Ergebnis ebenso Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, RdNr. 28.

29) Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 92, Anm. 1.

stand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt nicht erfüllen könne ³⁰⁾ und daß auch die Bindung an einen wirksamen Verwaltungsakt gegen Art. 19 IV GG verstoße ³¹⁾.

Auf Grund Art. 19 IV GG steht jedermann der Rechtsweg offen, wenn er in seinen Rechten durch die öffentliche Gewalt verletzt ist. Deshalb garantiert Art. 19 IV GG ein Rechtsschutzverfahren. Gegen Verwaltungsakte gibt es Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten. Welche Anforderungen an das den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt beschreibende Tatbestandsmerkmal zu stellen sind, ergibt sich dagegen nicht aus Art. 19 IV ³²⁾.

§ 17 Zusammenfassung

- I. Die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes ist entweder ein geschriebenes oder ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.
- II. Die Vollziehbarkeit hat die Bedeutung der Vollstreckbarkeit des Verwaltungsaktes.
 1. Das Tatbestandsmerkmal "vollziehbar" ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung unanfechtbar ist oder die Voraussetzungen des § 80 II VwGO vorliegen.
 2. Der angreifbare Verwaltungsakt ist kein vollziehbarer Verwaltungsakt im Sinne der Tatbestände.
- III. Neben der Vollziehbarkeit ist die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal. Die Zuwiderhandlung gegen einen nichtigen Verwaltungsakt erfüllt den Tatbestand nicht. Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ist keine Sanktionsvoraussetzung.

³⁰⁾ BayObLG, NJW 1965, 1973 (1977).

³¹⁾ Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (862 f).

³²⁾ Ebenso OLG Stuttgart, DÖV 1967, 132; Stern zieht dementsprechend in der Festschrift f. R. Lange, S. 859 (863) aus Art. 19 IV GG auch nur die Folgerung, daß die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes vom Strafrichter verfahrensrechtlich beachtet werden sollte (vgl. dazu auch § 18, III, 2, e) und zieht Art. 19 IV GG letztlich auch nicht für die

5. Kapitel Die Auswirkung des Suspensiveffektes und der Aufhebung des Verwaltungsaktes

Bei den sanktionsbewehrten Verwaltungsakten handelt es sich um belastende Verwaltungsakte; sie verlangen nämlich vom Adressaten ein Tun oder Unterlassen. Gegen die belastenden Verwaltungsakte gibt es Rechtsschutz vor den Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsgerichten. In erster Linie kommen Widerspruch und Anfechtungsklage als Rechtsschutzmöglichkeiten in Betracht. Deshalb stellt sich die Frage, wie sich die Ausnutzung des verwaltungs-verfahrens- und verwaltungsprozeßrechtlichen Rechtsschutzes gegenüber sanktionsbewehrten Verwaltungsakten auf die Tätigkeit des Strafrichters auswirkt. Dabei ist zwischen dem vorläufigen und dem endgültigen Rechtsschutz gegenüber den Verwaltungsakten zu unterscheiden. Der vorläufige Rechtsschutz wird durch den Eintritt des Suspensiveffektes gewährt. Der endgültige Rechtsschutz tritt durch die abschließenden Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und die Urteile der Verwaltungsgerichte ein; dabei geht es darum, welche Bedeutung die Aufhebung des Verwaltungsaktes für den Strafrichter hat.

§ 18 Die Aufhebung des Verwaltungsaktes

Der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt kann im Rechtsbehelfsverfahren durch die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht aufgehoben werden. Die aufhebende Entscheidung hat Gestaltungswirkung. Es fragt sich, ob der Strafrichter daran gebunden ist.

I. Die rückwirkende Aufhebung

Es ist ausgeführt worden, daß die tatbestandsmäßigen rechtlichen Eigenschaften des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung gegeben sein müssen ¹⁾. Dazu gehört auch die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes. Mit Aufhebung des

1) Vgl. § 12, II.

Verwaltungsaktes liegt kein wirksamer Verwaltungsakt mehr vor. Der Tatbestand kann daher nicht erfüllt sein, wenn der Verwaltungsakt vor der "Zu widerhandlung" aufgehoben worden ist. Wird dagegen der Verwaltungsakt durch eine Entscheidung der Widerspruchsbehörde oder ein Kassationsurteil des Verwaltungsgerichts erst nach der Zu widerhandlung aufgehoben, so kann die Aufhebung des Verwaltungsaktes nur dann für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht von Bedeutung sein, wenn sie auf den Zeitpunkt der Zu widerhandlung zurückwirkt. Ist also z.B. einem Reisevermittler die Ausübung seines Gewerbes gemäß § 35 I 1 GewO untersagt und die sofortige Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet worden, so kann er die Ordnungswidrigkeit nach § 146 I Nr. 1, 1. Alt. i.V.m. § 35 I 1 GewO begangen haben, wenn er trotzdem die Tätigkeit als Reisevermittler weiterhin ausübt. Wird die Untersagungsverfügung vom Verwaltungsgericht nachträglich, rückwirkend auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes aufgehoben ²⁾, so lag bei der Zu widerhandlung die Untersagungsverfügung nicht vor. Wenn der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung beachten müßte, wäre der Tatbestand nicht erfüllt. Dürfte er die rückwirkende Aufhebung dagegen nicht berücksichtigen, so hätte ein tatbestandsgemäßer Verwaltungsakt vorgelegen. Entscheidende Frage ist also, ob der Strafrichter an die rückwirkende Aufhebung des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes gebunden ist oder ob die Rückwirkung für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht nicht gilt.

II. Der Meinungsstand in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird zum Teil die Auffassung vertreten, die rückwirkende Aufhebung eines präjudiziellen Verwaltungsaktes sei zu beachten, in anderen Entscheidungen wird das für unzulässig gehalten.

2) Vgl. BVerwGE 22, 16.

1. Beachtung der rückwirkenden Aufhebung

a) Eine Entscheidung des OLG Frankfurt ³⁾ erging zum Tatbestand der Dienstflucht eines Ersatzdienstpflichtigen, dem jetzigen § 53 ZDG ⁴⁾. Danach wird u.a. bestraft, wer dem Zivildienst in einer bestimmten Absicht fernbleibt. Der Tatbestand des eigenmächtigen Fernbleibens vom Zivildienst ist kein Tatbestand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt. Die Pflicht zum Erscheinen entsteht durch die Bekanntgabe des Einberufungsbescheides an den Zivildienstpflichtigen. Der Verwaltungsakt des Einberufungsbescheides ist demnach für die Tatbestandserfüllung in ähnlicher Weise von Bedeutung wie die Verwaltungsakte für die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten. Deshalb kann die Entscheidung zu der hier gestellten Frage verwertet werden. In dem entschiedenen Fall war der Angeklagte durch einen rechtswidrigen, aber wirksamen Einberufungsbescheid zum Dienstantritt angewiesen worden. Er trat den Dienst jedoch nicht an. Auf seine Anfechtungsklage hin wurde der Einberufungsbescheid rechtskräftig rückwirkend aufgehoben.

Das OLG Frankfurt sprach den Angeklagten frei, nachdem das rechtskräftige Kassationsurteil vorlag. Der Freispruch wurde mit der rückwirkenden Aufhebung des Einberufungsbescheides begründet, ohne daß das Gericht erörterte, warum die ex tunc-Wirkung des Aufhebungsurteils auch für das Strafgericht bindend ist. Für den Fall, daß die Aufhebung des Verwaltungsaktes erst nach Abschluß des Strafverfahrens eingetreten wäre, hält das Gericht eine Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Nr. 5 StPO für möglich.

b) Das BVerfG ⁵⁾ hat in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Tatbestandes der Vorladung zum Verkehrsunterricht in einem obiter dictum ebenfalls die Ansicht vertreten, die rückwirkende Aufhebung eines

3) Beschluß vom 26. Oktober 1966, NJW, 1967, 262.

4) Heute gilt § 53 ZDG i.d.F. vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469).

5) Beschluß vom 23. Mai 1967, BVerfGE 22, 21. Der Tatbestand der Vorladung zum Verkehrsunterricht ist heute als Ordnungswidrigkeit in § 24 StVG i.V.m. §§ 49 IV Nr. 6, 48 StVO geregelt.

sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes sei im Strafverfahren zu beachten. Es führt aus, die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 359 StPO müsse möglich sein, wenn die Vorladung im Verwaltungsrechtsweg aufgehoben werde, nachdem das Strafverfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen sei.

2. Nichtbeachtung der Rückwirkung

a) Das BayObLG ⁶⁾ mußte einen Fall entscheiden, bei dem es um einen Verstoß gegen ein Parkverbotszeichen ging. Der Betroffene hatte nach der Zuwiderhandlung gegen den durch das Verkehrszeichen angeordneten Verwaltungsakt Widerspruch eingelegt und Anfechtungsklage erhoben. Zur Zeit der Entscheidung des Strafgerichts schwebte das verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfsverfahren, ohne abgeschlossen zu sein. Hätte das Gericht die Ansicht geteilt, nach der die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes beachtlich ist, so hätte es das Verfahren gemäß § 262 StPO aussetzen müssen. Es wäre nämlich nicht angegangen, den Angeklagten zu verurteilen und ihn für den Fall der Aufhebung des Verwaltungsaktes auf die Wiederaufnahmemöglichkeit nach § 359 Nr. 5 StPO zu verweisen; das wäre nämlich auf eine bedingte Bestrafung hinausgelaufen. Doch war das Gericht der Ansicht, die rückwirkende Aufhebung des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes dürfe vom Strafrichter nicht beachtet werden, sah sich jedoch an einer entsprechenden Entscheidung durch den oben wiedergegebenen Beschluß des OLG Frankfurt gehindert. Deshalb legte es die Streitfrage dem BGH gemäß § 121 II GVG zur Entscheidung vor.

b) Der BGH ⁷⁾ hat sich der Ansicht des BayObLG angeschlossen.

6) Beschluß vom 19. Juni 1968, VRS 35, 195.

7) Beschluß vom 23. Juli 1969, BGHSt 23, 86.

III. Die Lösung

Sowohl für als auch gegen die Beachtung der rückwirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes durch den Strafrichter werden verschiedene Argumente vorgebracht.

1. Argumente für die Nichtbeachtung der Rückwirkung

Die Meinung, welche die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes für unerheblich hält, geht davon aus, daß es sich grundsätzlich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Tat entscheidet, ob eine Handlung sanktionsbedroht ist ⁸⁾. Die dafür sprechenden Gründe werden weitgehend unsystematisch aufgeführt.

a) Es wird geltend gemacht, die Straf- bzw. Ahndbarkeit hänge vom Zufall ab, wenn der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes berücksichtigen müsse ⁹⁾. Eine Aufhebung des Verwaltungsaktes sei nämlich nicht bei jedem rechtswidrigen Verwaltungsakt zu erreichen, auch wenn der Widerruf und die Anfechtungsklage zulässig erhoben worden seien. Habe sich der Verwaltungsakt nämlich vor Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erledigt, so komme keine Aufhebung, sondern im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO nur noch die Feststellung in Betracht, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei. Da die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes aber keine Sanktionsvoraussetzung sei, könne die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nicht zum Freispruch führen.

Das überzeugt nicht. Vielmehr wird man umgekehrt sagen müssen, daß für eine Fortsetzungsfeststellungsklage kein Raum wäre, wenn der Strafrichter die

8) BayObLG, VRS 35, 195 (197 f); BGHSt 23, 86 (93 f); Bengl, Berner, Emmerig, Bay. LStVG, Art. 4, Anm. 6; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 53 b; Käab-Rösch, Bay.LStVG, Art. 4, Anm. 23; Lorenz, DVBl. 1971, 165 (168).

9) BayObLG, VRS 35, 195 (202).

rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes beachten müßte. Nach § 113 I 4 VwGO ist nämlich für die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage erforderlich, daß sich der Verwaltungsakt erledigt hat. Erledigt hat sich ein Verwaltungsakt, wenn die sich aus ihm ergebende Beschwer weggefallen ist ¹⁰⁾. Das ist z.B. der Fall, wenn das Ende der Sperrstunde durch Auflage an einen Gastwirt für einen bestimmten Tag auf 22.00 Uhr vorgelegt wird und dieser Tag vergangen ist; mit Ablauf des Tages hat sich die Auflage erledigt. Hat der Gastwirt der Auflage zuwidergehandelt, kann er die Ordnungswidrigkeit nach § 28 I Nr. 12 GastG i.V.m. §§ 21 Nr. 3, 19, 3 GastV (NW) begangen haben. Wird die Geldbuße verhängt oder steht ihre Verhängung bevor, so fragt es sich, ob der Verwaltungsakt wegen dieser Folgewirkung möglicherweise noch nicht erledigt ist. Träfe das zu, wäre nur eine Anfechtungsklage, aber keine Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig. K. Müller ¹¹⁾ meint, eine strafrechtliche Folgewirkung eines Verwaltungsaktes hindere den Eintritt der Erledigung nicht, wohl aber werde die Erledigung durch eine verwaltungsstrafrechtliche Folgewirkung ausgeschlossen. Er folgert dies daraus, daß, solange verwaltungsrechtliche Folgewirkungen bestünden, der Verwaltungsakt nicht erledigt sei, dagegen Folgewirkungen auf anderen Rechtsgebieten die Erledigung des Verwaltungsaktes aber nicht hinderten. Es ist allerdings schon problematisch, das Verwaltungsstrafrecht ohne weiteres dem Verwaltungsrecht und nicht dem Strafrecht zuzuordnen ¹²⁾. Doch kann das dahinstehen. Jedenfalls ist die Argumentation Müllers zu begrifflich und berücksichtigt nicht die Interessenlage, die der Abgrenzung von Anfechtungsklage und Fortsetzungsfeststellungsklage zugrunde liegt. Das Ziel der Anfechtungsklage ist die Beseitigung des Verwaltungsaktes durch seine Aufhebung; das Ziel der Fortsetzungsfeststellungsklage ist die Feststellung

10) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 113, RdNr. 39.

11) K. Müller, DÖV 1965, 38 (39).

12) Vgl. Maurach-Zipf, Strafrecht AT, § 1, III.

der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Der hierdurch gewährleistete Rechtsschutz ist nur dann wirkungsvoll, wenn eine Aufhebung des Verwaltungsaktes solange zulässig ist, als der Betroffene gerade durch den Bestand des Verwaltungsaktes belastet ist. Kann die Belastung des Betroffenen nur durch die verwaltungsgerichtliche Aufhebung des Verwaltungsaktes beseitigt werden, so ist der Verwaltungsakt noch nicht erledigt, so daß eine Anfechtungsklage zulässig sein muß. Demnach kann der Verwaltungsakt auch nicht als erledigt angesehen werden, wenn er die Grundlage für die Verhängung einer Strafe oder Geldbuße bildet und der Strafrichter seine rückwirkende Aufhebung beachten müßte ¹³⁾. Das Argument von der Zufallsabhängigkeit der Sanktionsverhängung greift also nicht durch.

b) Lorenz führt aus, die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes berühre nicht die Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes für die Dauer seiner Existenz ¹⁴⁾. Er begründet dieses Argument damit, daß die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes nicht die tatsächliche Existenz des Verwaltungsaktes negieren, sondern nur die faktischen Folgen des Verwaltungsaktes aus der Welt schaffen wolle. Zu diesen Folgen gehöre jedoch nicht die dem Verwaltungsakt gegenüber bestehende vorläufige Gehorsamspflicht; denn diese ergebe sich nicht aus dem konkreten Verwaltungsakt, sondern aus dem Gewohnheitsrechtssatz, daß wirksame Verwaltungsakte zu beachten seien.

Zwar ist es richtig, daß die Aufhebung des Verwaltungsaktes nicht die Tatsache ungeschehen machen kann, daß der Verwaltungsakt als Erscheinung der Seinswelt überhaupt einmal ergangen ist und bestanden hat ¹⁵⁾. Doch ist es andererseits nicht zutreffend, daß die Aufhebung des Verwaltungsaktes nur seine faktischen Folgen

13) Schenke, JR 1970, 449 (451); im Ergebnis ebenso OVG Hamburg, DVBl. 1967, 422 (424).

14) Lorenz, DVBl. 1971, 165 (168).

15) Vgl. Chr. Böckenförde, Die sog. Nichtigkeit, S.115 ff.

beseitigt. Vielmehr sollen die rechtlichen Wirkungen des Verwaltungsaktes beseitigt werden ¹⁶⁾. Dazu gehören aber auch die vorläufige Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes sowie die entsprechende Gehorsamspflicht. Auch sie sind rechtliche Folgen des Verwaltungsaktes, die durch die Aufhebung rückwirkend entfallen. Daß die Gehorsamspflicht - wie Lorenz meint - nicht aus dem Verwaltungsakt selbst, sondern aus einem Gewohnheitsrechtssatz folgt, spricht nicht dagegen. Diese begriffliche Unterscheidung ist irreführend, da jede rechtliche Wirkung eines Verwaltungsaktes auf einem Rechtssatz beruht. Demnach ist das Argument, daß die Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes für die Dauer seiner Existenz trotz rückwirkender Aufhebung bestehen bleibt, nicht richtig.

c) Das BayObLG ¹⁷⁾ und der BGH ¹⁸⁾ berufen sich auch auf entschiedene Parallelfälle. So sei die nachträgliche Zustimmung in eine Körperverletzung für unbeachtlich erklärt worden ¹⁹⁾. Außerdem wird ausgeführt, der Grundsatz, nach dem es nur auf die Umstände im Zeitpunkt der Tat ankomme, zeige sich auch im Rahmen der §§ 242, 246 StGB bei der Prüfung der Frage, ob die den Gegenstand der Tat bildende Sache im Zeitpunkt der Tat für den Täter fremd gewesen sei. Eine nach der Tat vorgenommene wirksame Anfechtung einer vor der Tat erfolgten Übereignung bleibe trotz der rückwirkenden Kraft der Anfechtung gemäß § 142 I BGB unberücksichtigt ²⁰⁾; das könne sich zum Vorteil oder Nachteil des Täters auswirken. Schließlich - so heißt es - sei entschieden worden, daß die nachträgliche staatliche Zustimmung zu einem Devisengeschäft, dessen Vornahme ohne Einwilligung strafbar war, strafrechtlich bedeutungslos sei ²¹⁾.

16) Menger-Erichsen, VerwArch. 54 (1963), S. 204.

17) BayObLG, VRS 35, 195 (197 f).

18) BGHSt 23, 86 (93 f).

19) Vgl. dazu RGSt 25, 375 (383); 61, 393 (394).

20) Vgl. den ähnlichen Fall in BayObLGSt 1952, 226 (227).

21) Vgl. RG, JW 1938, 739 Nr. 1. Bei der zitierten Entscheidung BGHSt 7, 294 (295) wirkt die nachträgliche Genehmigung jedoch nicht auf den Zeitpunkt der Tat zurück.

Die Berufung auf die Parallelfälle kann nicht überzeugen, da es sich bei diesen Fällen, soweit sie überhaupt die rückwirkende Veränderung eines Tatumstandes betreffen, nicht um Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten handelt. Es muß vielmehr danach gefragt werden, warum in den verschiedenen Fällen die rückwirkende Veränderung eines Tatumstandes beachtlich sein soll und ob sich ein einheitlicher Grund dafür finden läßt. Ein solcher Grund wurde in den Entscheidungen nicht genannt.

d) Der unausgesprochene, aber entscheidende Grund für das Verbot, die rückwirkende Veränderung eines Tatumstandes zu berücksichtigen, liegt in dem das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht beherrschenden Verantwortungsprinzip ²²⁾. Damit ist gemeint, daß Bestrafung Schuld und die Verhängung einer Geldbuße Vorwerfbarkeit ²³⁾ des Verhaltens voraussetzen. Die Feststellung der Schuld oder Vorwerfbarkeit setzt voraus, daß sich der Täter für das Unrecht und gegen das Recht entschieden hat, obwohl er sich hätte rechtmäßig verhalten können ²⁴⁾. Diese Entscheidung kann der Täter aber nur auf Grund der im Zeitpunkt der Tatbegehung vorhandenen Tatumstände treffen. Nur diese Tatumstände bilden die Handlungsgrundlage des Täters; die spätere Veränderung der Umstände kann er im Zeitpunkt seiner Entscheidung gegen das Recht dagegen gar nicht berücksichtigen ²⁵⁾. Demnach kommt es also auf Grund des Verantwortungsprinzips grundsätzlich nur auf die Umstände im Zeitpunkt der Tat an.

22) Vgl. Wessels, Strafrecht AT, § 10, I, 2 m.w.N..

23) Der Begriff der Vorwerfbarkeit wird bei Ordnungswidrigkeiten an Stelle des Begriffs der Schuld verwandt; vgl. Rotberg, OWiG, Einf. A, I, 2, b.

24) BGHSt 2, 194 (200); Schönke-Schröder, StGB, Vorbem. §§ 13 ff, Rdnr. 118; Wessels, Strafrecht AT, § 10, I, 2.

25) Ähnlich Lorenz, DVBl. 1971, 165 (168), der dieses Argument allerdings nicht auf das Verantwortungsprinzip zurückführt.

Doch dienen die Kriterien der Schuld bzw. der Vorwerbarkeit wegen des Grundsatzes nulla poena sine culpa lediglich dazu, die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Zurechnung rechtswidriger Verhaltensweisen einzuschränken. Deshalb ist es auf Grund des Verantwortungsprinzips ausgeschlossen, daß eine rückwirkende Veränderung eines Tatumstandes zu Lasten des Betroffenen wirkt. Die Beachtung der rückwirkenden Aufhebung durch den Strafrichter ist für den Betroffenen bei den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten aber immer nur vorteilhaft. Das Verantwortungsprinzip spricht also nicht dafür, daß die Beachtung der Aufhebung des Verwaltungsaktes ausgeschlossen ist.

e) Schließlich kann man sich auch auf den Schutzzweck der Tatbestände berufen, Es wird geltend gemacht, daß auch staatliche Akte mit provisorischem Charakter Respekt verlangten und deshalb das Unrecht der Tatbestände schon in der Mißachtung der einstweiligen Rechtsordnung liege ²⁶⁾, wenn die Zuwiderhandlung gegen einen nach § 80 II VwGO vollziehbaren Verwaltungsakt sanktionsbewehrt sei. Richtig ist, daß die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten den Gehorsam gegenüber bestimmten vorläufig vollstreckbaren Verwaltungsakten schützen, soweit die sanktionsbewehrten Verwaltungsakte nach § 80 II VwGO vollziehbar sind. Dieser Schutz wird eingeschränkt, wenn der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes, der im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung i.S.d. § 80 II VwGO vollziehbar war, beachten muß. Denn dann kann eine Sanktion nicht verhängt werden, obwohl im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung tatsächlich gegen einen vollziehbaren Verwaltungsakt verstoßen worden ist. Der Schutzzweck der Tatbestände spricht also grundsätzlich für das Verbot, die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes zu beachten.

26) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 53 b.

2. Argumente für die Beachtung der Rückwirkung

Ausführlich hat Schenke die Ansicht begründet, der Strafrichter müsse die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes berücksichtigen ²⁷⁾. Dabei beruft er sich auf den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung und auf verfassungsrechtliche Erwägungen.

a) Die Pflicht des Strafrichters zur Beachtung der rückwirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes soll aus § 79 I BVerfGG folgen ²⁸⁾. Danach ist gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig. Diese Vorschrift ist auch im Ordnungswidrigkeitenrecht anwendbar ²⁹⁾. Schenke meint, § 79 BVerfGG enthalte einen allgemeinen Rechtsgedanken, der darin bestehe, daß das Interesse des Rechts an der Beseitigung der strafrechtlichen Folgen eines Hoheitsaktes wegen dessen einschneidenden Bedeutung für den Betroffenen weit größer sei als an der Beseitigung etwa verwaltungsrechtlicher Folgen. Deswegen sei es schwerlich in Einklang zu bringen, daß bei rechtswidrigen Verwaltungsakten zwar eine verwaltungsrechtliche, nicht aber eine strafrechtliche Folgenbeseitigung gegeben sein soll. Der BGH hält dem entgegen, eine entsprechende Anwendung des in § 79 I BVerfGG enthaltenen Rechtsgedankens scheide aus, weil es sich bei dieser Vorschrift um eine eng umgrenzte, auf den Fortfall von Rechtsnormen beschränkte Ausnahmeregelung handele ³⁰⁾.

27) Schenke, JR 1970, 449.

28) Schenke, JR 1970, 449 (451).

29) Göhler, OWiG, § 85, Anm. 6, A, f; Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, § 79, Rdnr. 10.

30) BGHSt 23, 86 (94).

Der Ansicht des BGH ist zuzustimmen. Ob auch Ausnahmenvorschriften analog angewandt werden können, mag allerdings dahinstehen. Auf jeden Fall müssen die für die Anordnung der Rechtsfolge bestimmenden Tatbestandsmerkmale des analog anzuwendenden Rechtssatzes mit dem Sachverhalt vergleichbar sein, der durch die analoge Anwendung der Vorschrift geregelt werden soll. § 79 I BVerfGG bezieht sich nur auf Fälle, in denen die straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Norm für nicht verfassungsgemäß erklärt worden ist. Das gilt auch für den Fall, daß die Auslegung einer Norm für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, da die Auslegung ebenfalls nur die Norm betrifft. Die Aufhebung des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes berührt den Straftatbestand oder die Ordnungswidrigkeit aber gerade nicht. Der Verwaltungsakt ist nämlich ein Teil des Sachverhalts, der unter den Tatbestand subsumiert werden muß. Demnach sind die durch § 79 I BVerfGG geregelten Fälle nicht mit der Aufhebung des Verwaltungsaktes vergleichbar. Aus § 79 I BVerfGG folgt also nicht die Pflicht des Strafrichters zur Beachtung der rückwirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes.

b) Weiter meint Schenke ³¹⁾, wenn der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes nicht beachten dürfe, so führe das zu der merkwürdigen Konsequenz, daß gegen den Betroffenen einerseits wegen der Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt eine Sanktion verhängt werden könne, andererseits der Betroffene aber bei Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes einen Schadensersatzanspruch aus Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB wegen Amtspflichtverletzung haben könne und ihm bei Aufhebung des Verwaltungsaktes auch ein Folgenbeseitigungsanspruch zustehen könne. Das sei widersprüchlich.

31) Schenke, JR 1970, 449 (451).

Dieser Gedanke ist jedoch nicht richtig. Das zeigt sich an folgendem Fall: Wenn die Sperrstunde durch Auflage an einen Gastwirt auf 22.00 Uhr vorgelegt wird und die Auflage wirksam, aber rechtswidrig ist, so kann der Gastwirt bei einer Zuwiderhandlung die Ordnungswidrigkeit des § 28 I Nr. 12 GastG i.V.m. §§ 21 Nr. 3, 19, 3 GastV (NW) begehen. Verstößt der Gastwirt nun gegen die Auflage, indem er seine Gaststätte auch über die Sperrstunde hinaus geöffnet hält, so kann eine Geldbuße verhängt werden. Ein Schadensersatzanspruch dürfte allerdings mangels eines Schadens ausscheiden; da sich der Gastwirt nämlich so verhalten hat, wie er dies auch ohne die Auflage getan hätte, kann ihm durch die Auflage kein Schaden entstanden sein. Befolgt der Gastwirt dagegen die rechtswidrige Auflage, so kann ihm dadurch zwar ein Schaden entstanden sein, den er wegen der Amtspflichtverletzung ersetzt verlangen kann, doch darf eine Geldbuße nicht verhängt werden, weil er der Auflage nicht zuwidergehandelt hat. Demnach kommt es nicht vor, daß gegen den Betroffenen eine Sanktion wegen Zuwiderhandlung gegen einen sanktionsbewehrten Verwaltungsakt verhängt wird und ihm zugleich wegen des Verwaltungsaktes ein Schadensersatzanspruch aus Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB zusteht. Entsprechendes gilt auch für den Folgenbeseitigungsanspruch.

c) Für die Beachtung des rückwirkend aufgehobenen Verwaltungsaktes beruft man sich auf Entscheidungen der Rechtsprechung, die zu anderen Tatbeständen als denjenigen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten ergangen sind ³²⁾.

So habe das RG die rückwirkende Nichtigkeitserklärung eines Patentes bei strafbedrohten Patentrechtsverletzungen für beachtlich erklärt ³³⁾. Es habe ausge-

32) Krause, JuS 1970, 221 (224); Schenke, JR 1970, 449 (453); Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (864).

33) RGSt 14, 261 (263); 7, 146 (148); Löwe-Rosenberg, StPO, § 267, Anm. 7, FN 28 - 30 m.w.N..

führt: "Es ist rechtlich unstatthaft, von Verletzung eines Rechts nur um deswillen zu sprechen, weil es zur Zeit des verletzenden Eingriffs als Recht galt, während es in der Tat kein Recht war" ³⁴⁾. Es mag dahingestellt bleiben, ob den Entscheidungen deshalb für die hier behandelte Frage nichts entnommen werden kann, weil es sich bei der Nichtigkeitserklärung eines Patentes nicht um eine rückwirkende Vernichtung, sondern nur um die Feststellung einer von Anfang an bestehenden Nichtigkeit handelt ³⁵⁾. Jedenfalls führen die Entscheidungen nicht grundsätzlich weiter, da sie keine Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten betreffen; denn das Patent stellt das Handlungsobjekt dar. Desweiteren fehlt eine Auseinandersetzung mit dem gegen die Beachtung der Rückwirkung sprechenden Schuldprinzip, so daß den Entscheidungen keine grundsätzlichen Erkenntnisse für die Beantwortung der Frage entnommen werden können.

Weiter wird auf die Rechtsprechung zu § 890 ZPO verwiesen. Nach § 890 ZPO kann auf Antrag des Gläubigers der Schuldner zu einem Ordnungsgeld verurteilt werden, wenn dieser der titulierten Verpflichtung zuwiderhandelt, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden. Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider und fällt anschließend der Titel rückwirkend weg, so entsteht das gleiche Problem wie bei der Aufhebung des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes. Doch wird zu dieser Frage im Rahmen des § 890 ZPO ebenfalls keine unbestrittene Meinung vertreten ³⁶⁾, so daß aus den entsprechenden Entscheidungen zu § 890 ZPO keine wesentliche

34) RGSt 14, 261 (263).

35) BayObLG, VRS 35, 195 (198); a.A. Schenke, JR 1970, 449 (451).

36) Für eine Festsetzung der Sanktion trotz Titelaufhebung OLG München, NJW 1971, 1756; dagegen OLG Stuttgart, BB 1972, 1025; OLG Frankfurt, NJW 1962, 542.

Hilfe gewonnen werden kann. Im übrigen wird die Behandlung des Problems bei § 890 ZPO durch die Besonderheiten des zivilrechtlichen Vollstreckungsverfahrens beeinflusst ³⁷⁾.

d) Außerdem wird geltend gemacht, der im Verwaltungsrecht anerkannte Folgenbeseitigungsanspruch müsse die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Folgen erfassen ³⁸⁾. Der Folgenbeseitigungsanspruch ist auf die Beseitigung der Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns gerichtet ³⁹⁾. Ist also z.B. ein rechtswidriger Verwaltungsakt erlassen worden, so kann der Betroffene nicht nur die Aufhebung des Verwaltungsaktes, sondern auch die Beseitigung der Folgen verlangen, die dadurch entstanden sind, daß der Verwaltungsakt schon vollzogen oder vom Betroffenen freiwillig verwirklicht worden ist (vgl. § 113 I 2 VwGO). Zu diesen Folgen gehören ebenfalls die zur Durchsetzung eines Verwaltungsaktes vorgenommenen Vollstreckungsakte, wie z.B. die Pfändung einer Sache im Hinblick auf eine Gebührenforderung. Schenke ⁴⁰⁾ meint, da die Verhängung einer Sanktion bei den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten u.a. die Funktion habe, den Verwaltungsakt durchzusetzen, müsse sich der Folgenbeseitigungsanspruch außer auf die Beseitigung der verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Folgen auch auf die der Sanktionen erstrecken.

Gegen diese Argumentation könnten Bedenken sprechen: Zum einen besteht zwischen den Folgen, auf deren Beseitigung der Folgenbeseitigungsanspruch in der Regel gerichtet ist, und den Sanktionen ein Unterschied. Der Folgenbeseitigungsanspruch will den Betroffenen

37) Vgl. Stein-Jonas, ZPO, § 890, Anm. II, 3, c.

38) Schenke, JR 1970, 449 (451); Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (862 f).

39) Vgl. Rüfner in Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 421; Wolff-Bachof, VerwR I, § 54, II.

40) Schenke, JR 1970, 449 (451, FN 18 a).

nämlich nur vor den Folgen schützen, die durch den Vollzug und die Verwirklichung des Verwaltungsaktes eingetreten sind. Die Strafe oder Geldbuße wird dagegen verhängt, weil der Betroffene den Verwaltungsakt nicht befolgt hat. Doch steht dieser Unterschied einer sanktionsaufhebenden Folgenbeseitigung nicht entgegen, wenn die Sanktion als eine vollstreckungsähnliche Maßnahme angesehen werden kann; denn der Folgenbeseitigungsanspruch erstreckt sich ja auch auf die Vollstreckungsakte. Damit ist zugleich das zweite Bedenken angesprochen. Die Vollstreckungsmittel wirken nämlich ausschließlich präventiv. Die Strafe und Geldbuße haben dagegen eine grundsätzlich repressive Wirkung⁴¹⁾; sie sollen die Zuwiderhandlung ahnden. Doch verfolgt die Androhung der Sanktion in den Tatbeständen ebenfalls präventive Zwecke. Das gilt besonders für die Sanktionen im Nebenstrafrecht und die Geldbuße⁴²⁾. Tiedemann stellt insoweit fest: "Die Repression ... dient hier verstärkt der Prävention und scheint mitunter in ihr aufzugehen"⁴³⁾. Außerdem folgt der präventive Zweck bei den Tatbeständen mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten aus dem geschützten Interesse am Vollzug bestimmter Verwaltungsakte. Deshalb kann man die Sanktion als mittelbares Vollstreckungsmittel bezeichnen, da die präventive Androhung der Sanktion ohne deren Verhängung wirkungslos ist, und sie zu Recht in Parallele zu den Vollstreckungsakten setzen. Ob nun aber bei der Aufhebung des Verwaltungsaktes der Gedanke des Folgenbeseitigungsanspruchs anwendbar ist, hängt außerdem davon ab, ob dadurch die grundsätzlich repressive Funktion der Sanktion auch nicht aufgehoben und ihre Abgrenzung zu der reinen Zwangsgewalt nicht

41) Insbesondere zur Funktion der Geldbuße vergleiche: Göhler, OWiG, vor § 1, Anm. 3; Mattes, ZStW 82, 25 (30); Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 46 ff; ders., Wirtschaftsstrafrecht, S. 149.

42) Rotberg, OWiG, Einf., B, 4; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 46 ff.

43) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 47.

unmöglich wird. Doch ist das nicht der Fall. Die verhängte Sanktion bleibt in den Fällen, in denen der Verwaltungsakt nicht aufgehoben wird, ein grundsätzlich repressives Mittel. Die Sanktion ließe sich erst dann nicht mehr von der reinen Zwangsgewalt abgrenzen, wenn sie - wie bei den Vollstreckungsmitteln - immer dann nicht mehr verhängt werden dürfte, falls der Verwaltungsakt verwirklicht worden ist. Demnach spricht der Gedanke des Folgenbeseitigungsanspruchs grundsätzlich für die Beachtung des rückwirkend aufgehobenen Verwaltungsaktes.

e) Schließlich soll die Nichtbeachtung der rückwirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes Art. 19 IV GG verletzen⁴⁴⁾. Art. 19 IV GG garantiert jedoch nur ein effektives Rechtsschutzverfahren; irgendwelche materiellen Rechte werden durch diese Vorschrift dagegen nicht begründet⁴⁵⁾. Ob die Straf- oder Ahndbarkeit eines Verhaltens bei einer rückwirkenden Aufhebung des sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes entfällt, ist eine materiellrechtliche Frage; dazu kann Art. 19 IV GG allein nichts entnommen werden.

3. Abwägung der Argumente

Ob der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes beachten muß, hängt davon ab, ob der Gedanke des Folgenbeseitigungsanspruchs oder das Schutzinteresse der Tatbestände Vorrang hat. Der Folgenbeseitigungsanspruch wird aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und den Freiheitsgrundrechten abgeleitet⁴⁶⁾. Für den Vorrang des Folgenbeseitigungsanspruchs spricht also, daß die Berufung auf ihn im Gegensatz zur Argumentation vom Schutzzweck der Tatbestände her verfassungsrechtliches Gewicht hat. Zum anderen würde der Schutzzweck der Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten nicht verändert,

44) Schenke, JR 1970, 449 (451); Schreven, NJW 1970, 155; Stern, Festschrift f. R. Lange, S. 859 (862 f.).

45) Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 19, Anm. 7; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 19 IV, Rdnr. 2.

46) Wolff-Bachof, VerwR I, § 54, II, b.

wenn der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes beachtet. An der Tatsache, daß das Unrecht der Tatbestände bei einer Zuwiderhandlung gegen einen nach § 80 II VwGO vollziehbaren Verwaltungsakt schon in der Mißachtung der einstweiligen Rechtsordnung liegt, ändert sich dadurch nichts. Legt nämlich der Betroffene gegen den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt keinen Rechtsbehelf ein oder ist dieser ohne Erfolg, so ist der Grund für die Sanktionsverhängung weiterhin in der Mißachtung gegenüber dem provisorischen Charakter des Verwaltungsaktes zu sehen. Demnach wird also bei einem Vorrang des Folgenbeseitigungsanspruchs lediglich der Umfang des Schutzzwecks der Tatbestände eingeschränkt. Aus alledem folgt, daß der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes beachten muß.

4. Anwendungsbereich der Lösung

a) Fraglich kann sein, ob der Strafrichter nicht nur die Aufhebung des Verwaltungsaktes durch das Verwaltungsgericht, sondern auch die Aufhebung durch die Verwaltungsbehörden beachten muß. Die Aufhebung kann nämlich ebenfalls durch die Ausgangs- oder die Widerspruchsbehörde erfolgen. Schenke unterscheidet danach, ob die Verwaltungsbehörde zur Aufhebung des Verwaltungsaktes wegen seiner Rechtswidrigkeit verpflichtet gewesen sei, oder ob sie ihn, ohne dazu verpflichtet zu sein, aufgehoben habe. Nur in ersterem Falle solle eine Sanktion nicht verhängt werden dürfen ⁴⁷⁾. Das ist m.E. nicht zutreffend; vielmehr muß die Straf- bzw. Ahndbarkeit immer dann entfallen, wenn der Verwaltungsakt rückwirkend aufgehoben wird. Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt nämlich nicht voraus, daß das Verwaltungshandeln, dessen Folgen beseitigt werden sollen, rechtswidrig ist, sondern es genügt, wenn die Folgen dadurch rechtswidrig

47) Schenke, JR 1970, 449 (453).

werden, daß ihr Rechtsgrund in Gestalt des Verwaltungsaktes wegfällt ⁴⁸⁾. Deswegen muß der Strafrichter die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes selbst dann beachten, wenn dieser nach Unanfechtbarkeit in einem wiederaufgegriffenen Verwaltungsverfahren aufgehoben wird.

b) Für die Tatbestände mit sanktionsbewehrten regelnden Verkehrszeichen gelten keine Besonderheiten. Da sich die Verkehrszeichen an unbestimmt viele, immer neue Verkehrsteilnehmer richten, könnte man meinen, daß viele Verstöße gegen die Verkehrszeichen nicht geahndet werden könnten, während das Widerspruchs- oder Anfechtungsverfahren schwebt. Doch trifft das nicht zu. Es bleibt die Möglichkeit einer Ahndung wegen des Verstosses gegen die straßenverkehrsrechtliche Grundregel nach § 1 II StVO ⁴⁹⁾.

c) Aus den Gründen, welche für die Beachtung der rückwirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes durch den Strafrichter sprechen, folgt, daß dieser Grundsatz nur für die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten gilt. Nur bei diesen Tatbeständen hat die Geldbuße eine besonders ausgeprägte präventive Wirkung. Die Vollstreckungsfunktion folgt nämlich sowohl aus der Rechtsnatur der Sanktion als auch dem Schutzinteresse der Tatbestände am Vollzug bestimmter Verwaltungsakte. Dies ist bei anderen Tatbeständen, in denen ein Verwaltungsakt eine materiellrechtliche Funktion ⁵⁰⁾ hat, anders. Deshalb gilt die Beachtung der rückwirkenden Aufhebung des Verwaltungsaktes auch z.B. nicht für den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte ⁵¹⁾.

48) Wolff-Bachof, VerwR I, § 54, II, c.

49) Schenke, JR 1970, 449 (453); Strauß, DAR 1970, 92 (96).

50) Vgl. § 2, I.

51) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 53 b.

5. Dogmatische Einordnung der rückwirkenden Aufhebung

Wird der sanktionsbewehrte Verwaltungsakt rückwirkend aufgehoben, so entfällt die bereits vorher eingetretene Strafbarkeit bzw. Ahndbarkeit des Betroffenen. Die rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes wirkt also als Aufhebungsgrund für die Strafbarkeit bzw. Ahndbarkeit⁵²⁾. Dadurch ist gewährleistet, daß der Irrtum über die Rechtswidrigkeit und die sich daraus ergebende Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes unbeachtlich ist.

6. Verfahrensrechtliche Auswirkung

Schwebt zur Zeit der Entscheidung des Strafrichters ein Widerspruchs- oder Anfechtungsverfahren gegen den sanktionsbewehrten Verwaltungsakt, so ist der Strafrichter zur Aussetzung des Verfahrens gemäß § 262 StPO bzw. gemäß § 71 OWiG i.V.m. § 262 StPO verpflichtet, wenn die Möglichkeit besteht, daß der Verwaltungsakt rückwirkend auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung aufgehoben wird. Ist die Aussetzung unterblieben, weil die schwebenden verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfe übersehen oder erst nach der Entscheidung des Strafrichters eingeleitet worden sind, so kommt eine Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Nr. 5 StPO bzw. gemäß § 85 I und II OWiG i.V.m. § 359 Nr. 5 StPO in Betracht, wenn der Verwaltungsakt rückwirkend aufgehoben worden ist. Der Wegfall des Verwaltungsaktes ist dann nämlich eine neue Tatsache.

52) Die Zuwiderhandlung gegen einen unrichtigen, also etwa mit einem Schreibfehler behafteten Verwaltungsakt erfüllt den Tatbestand, da der unrichtige Verwaltungsakt wirksam und darüberhinaus wegen der Unrichtigkeit nicht einmal rechtswidrig ist. Wird die Unrichtigkeit nach der Zuwiderhandlung berichtigt und verpflichtet der berichtigte Verwaltungsakt den Betroffenen zu einem anderen Verhalten als der unrichtige Verwaltungsakt, so wirkt die Berichtigung als Aufhebung der Straf- bzw. Ahndbarkeit.

§ 19 Die Auswirkung des Suspensiveffektes

Die Auswirkung des Suspensiveffektes auf die Erfüllung des Tatbestandes kann unterschiedlich sein, je nachdem, ob der Suspensiveffekt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt schon tatsächlich besteht oder ob er erst nach dem Verstoß gegen den Verwaltungsakt eintritt.

I. Der Suspensiveffekt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung

1. Fragestellung

a) Die Frage nach dem Einfluß des Suspensiveffektes auf die Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten wird etwa in folgenden Fällen praktisch: Ist die räumlich beschränkte Aufenthaltserlaubnis eines ausländischen Arbeitnehmers mit der Auflage versehen, der Ausländerbehörde zu melden, falls er - der Ausländer - den räumlichen Geltungsbereich der Aufenthaltserlaubnis verlassen will, so ist die Zuwiderhandlung nach § 47 I Nr. 5 i.V.m. § 7 III AuslG mit Strafe bedroht. Legt der Ausländer gegen die Auflage Widerspruch ein, der den Suspensiveffekt herbeiführt, und handelt er der Auflage anschließend zuwider, so muß der Strafrichter prüfen, welche Bedeutung es für die Verwirklichung des Tatbestandes hat, daß der Ausländer eine suspendierte Auflage nicht beachtet hat. Dasselbe Problem entsteht, wenn etwa dem Inhaber der Erlaubnis zur Herstellung von Schußwaffen nach § 10 II BWaffG zum Schutz der Nachbarn seines Betriebsgrundstücks die Auflage gemacht wird, auf dem Grundstück keine Schießproben vorzunehmen, und der Hersteller dies nach Widerspruchseinlegung und Eintritt des Suspensiveffektes dennoch tut. Diesen Fällen ist also gemeinsam, daß der Betroffene zeitlich vor der Zuwiderhandlung den Suspensiveffekt herbeigeführt hat.

b) Ob der Verstoß gegen einen suspendierten Verwaltungsakt einen Tatbestand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt erfüllen kann, ist in der Rechtsprechung und Literatur schon einmal an Hand eines straßenverkehrsrechtlichen Falles erörtert worden. Anlaß der Diskussion war eine Entscheidung des AG Bonn ¹⁾. Das Gericht mußte entscheiden, ob sich jemand strafbar gemacht hatte ²⁾, der ein Verkehrszeichen nicht beachtet, anschließend jedoch gegen die Anordnung des Verkehrszeichens Widerspruch eingelegt hatte. Dieser Fall unterscheidet sich zwar von der hier erörterten Situation insofern, als der Widerspruch erst nach dem Verstoß gegen die vom Verwaltungsakt angeordnete Verhaltenspflicht eingelegt wurde und der Widerspruch gegen die Anordnung eines Verkehrszeichens nach heutiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ³⁾ keinen Suspensiveffekt auslöst. Jedoch stand das AG Bonn vor der prinzipiell gleichen Frage wie der hier erörterten, da es davon ausging, daß der Widerspruch gegen die Anordnung des Verkehrszeichens gemäß § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung habe und die rückwirkende Kraft des Suspensiveffektes ⁴⁾ vom Strafrichter bei der Anwendung des Tatbestandes beachtet werden müsse. Demnach können die Erwägungen des AG Bonn und der Stellungnahmen zu der Entscheidung an dieser Stelle der Untersuchung verwertet werden.

2. Verfassungswidrigkeit des Tatbestandes

a) Es wird erörtert, ob der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit nach Art. 103 II GG verletzt ist ⁵⁾. Das AG Bonn meint, der Suspensiveffekt führe zu einem Schwebezustand der vorläufigen Unwirksamkeit des Verwal-

1) AG Bonn, NJW 1967, 1480.

2) Zur Zeit der Entscheidung handelte es sich bei der Tat um eine Übertretung.

3) OVG Münster in: OVG 24, 200; BGHSt 23, 86 (89 ff).

4) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 6.

5) AG Bonn, NJW 1967, 1480; Janicki, JZ 1968, 94 (95); Menger-Erichsen, VerwArch 59 (1968), 370 f, 372 f.

tungsaktes, der mit den Anforderungen, die Art. 103 II GG an einen Tatbestand stelle, nicht zu vereinbaren sei, da bis zum Abschluß des Verwaltungsverfahrens für das Gericht nicht feststehe, ob der Verwaltungsakt rechtswirksam sei oder nicht. Die Unklarheit über die Wirksamkeit des Tatbestandes dürfe nicht zu Lasten des Betroffenen gehen, da nach Art. 103 II GG Voraussetzung einer Verurteilung eine vor der Tat kodifizierte absolut rechtswirksame Norm sei.

b) Dem kann nicht gefolgt werden ⁶⁾. Menger-Erichsen ⁷⁾ haben zu Recht darauf hingewiesen, daß das Strafgericht die Sache gemäß Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des Tatbestandes hätte vorlegen müssen, wenn es von der Verletzung des Art. 103 II GG überzeugt gewesen sei. Darüberhinaus ist es falsch, Art. 103 II GG als Maßstab für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob der Verstoß gegen einen suspendierten Verwaltungsakt einen Tatbestand mit sanktionsbewehrtem Verwaltungsakt erfüllen kann. Geschieht dies nämlich, so geht man von der unrichtigen Vorstellung aus, der erlassene Verwaltungsakt begründe den Tatbestand. Janicki ⁸⁾ sagt das deutlich, indem er ausführt, wenn der Verwaltungsakt nichtig oder endgültig aufgehoben sei, so sei eine Ahndung "mangels eines Strafgesetzes im Sinne des Art. 103 II GG ausgeschlossen". Wenn man davon ausgeht, der Verwaltungsakt begründe den Tatbestand, so dürfte durch einen suspendierten Verwaltungsakt zu Recht noch kein endgültiger Tatbestand geschaffen worden sein. Insofern ist die Entscheidung des AG Bonn folgerichtig, die Äußerung Janicki's dagegen widersprüchlich, da er Art. 103 II GG insoweit nicht als verletzt ansieht.

6) Janicki, JZ 1968, 94 (95) sowie Menger-Erichsen, VerwArch 59 (1968), 373 sehen Art 103 II GG durch den Eintritt des Suspensiveffektes nicht als verletzt an.

7) Menger-Erichsen, VerwArch 59 (1968), 370 f.

8) Janicki, JZ 1968, 94 (95).

Es ist jedoch dargelegt worden, daß der erlassene Verwaltungsakt den Tatbestand nicht begründet ⁹⁾. Vielmehr ist etwa bei dem Beispiel des § 28 I Nr. 2 GastG der Begriff "Auflage" das Tatbestandsmerkmal, von dessen Auslegung es abhängt, ob der Verstoß gegen eine suspendierte Auflage den Tatbestand erfüllt. Es handelt sich also um eine Frage der Auslegung einfachen Rechts.

3. Aussetzung des Verfahrens

a) Mehrere Autoren ¹⁰⁾ meinen, der Suspensiveffekt habe keine materiellrechtliche, sondern nur eine verfahrensrechtliche Bedeutung für den Strafrichter. Für die Ahndung komme es auf den Eintritt des Suspensiveffektes nicht an. Materiellrechtlich entscheidend sei nur, ob der Verwaltungsakt durch das eingeleitete Rechtsbehelfsverfahren endgültig aufgehoben oder bestätigt werde. Der Suspensiveffekt schaffe aber keine endgültigen Zustände, sondern solle diese gerade verhindern und nur vorläufigen Schutz gewähren. Deshalb könne nicht gesagt werden, der Verstoß gegen einen suspendierten Verwaltungsakt erfülle den Tatbestand nicht und sei nicht rechtswidrig. Doch sei die Ahndung während der Dauer des Suspensiveffektes verfahrensrechtlich unzulässig, da der Verwaltungsakt während dieser Zeit unverbindlich sei. Deshalb müsse der Strafrichter das Verfahren gemäß § 262 StPO oder gemäß § 71 OWiG i.V.m. § 262 StPO bis zur endgültigen Entscheidung über den Bestand des Verwaltungsaktes aussetzen. Werde der Verwaltungsakt bestätigt, könne eine Ahndung erfolgen, werde er aufgehoben, müsse die Ahndung unterbleiben.

b) Die verfahrensrechtliche Lösung geht von der Voraussetzung aus, daß der Strafrichter die auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung rückwirkende Bestätigung oder Aufhebung des Verwaltungsaktes beachten muß. Daß das

⁹⁾ Vgl. § 3, II, 3 und III, 3.

¹⁰⁾ Janicki, JZ 1968, 94 (95); Menger-Erichsen, VerwArch 59 (1968), 373, 377; Stern, Festschrift f. R. Lange, 859 (868 ff., 874 f.).

zulässig ist, ist oben dargestellt ¹¹⁾; die Autoren dieser Lösung äußern sich allerdings nicht dazu. Aber abgesehen davon fehlt eine Begründung dafür, warum der Suspensiveffekt keine materiellrechtliche Bedeutung für die Erfüllung der Tatbestände hat. Daß der Suspensiveffekt nur vorläufigen Rechtsschutz gewährt, gilt für die verwaltungsrechtlichen Wirkungen des Verwaltungsaktes, sagt aber nichts über die Auswirkungen auf das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht.

4. Nichterfüllung des Tatbestandes

Richtig ist vielmehr, daß bei Zuwiderhandlung gegen einen suspendierten Verwaltungsakt der Tatbestand nicht erfüllt ist.

a) Diese Lösung ergibt sich zum einen durch Auslegung der Tatbestände, zum anderen aus der akzessorischen Natur des straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Unrechts.

Im vorigen Kapitel ist festgestellt worden, daß nur ein vollziehbarer Verwaltungsakt, der wirksam und vollstreckbar ist, tatbestandsmäßig ist. Diese Voraussetzungen fehlen bei einem im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung suspendierten Verwaltungsakt. Dabei spielt die verwaltungsrechtliche Streitfrage keine Rolle, ob man die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs als Wirksamkeitshemmung ¹²⁾ oder als Vollzugshemmung ¹³⁾ für den Verwaltungsakt ansieht. Führt der Suspensiveffekt nämlich zur Hemmung der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, so fehlt es am Tatbestandsmerkmal des "wirksamen" Verwaltungsaktes. Geht man davon aus, der Suspensiveffekt hemme lediglich die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes, so ist das Tatbestandsmerkmal des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes nicht gegeben.

11) Vgl. § 18, III.

12) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 4, m.w.N. .

13) Redeker/von Oertzen, VwGO, § 80, Anm. 1, m.w.N. .

Zu diesem Ergebnis muß man außerdem kommen, weil das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht selbst kein Unrecht begründet, sondern mit seinen Sanktionen nur an das in anderen Rechtsgebieten vorgefundene Unrecht anknüpft ¹⁴⁾. Die Nichtbefolgung eines suspendierten Verwaltungsaktes ist aber kein Unrecht. Es besteht ja gerade auf Grund der verwaltungsrechtlichen Vorschrift des § 80 I VwGO das Recht, den Verwaltungsakt während der Dauer des Suspensiveffektes nicht beachten zu müssen. Der Adressat des Verwaltungsaktes hat nach Eintritt des Suspensiveffektes die Wahl, ob er dem Verwaltungsakt nachkommt. Selbst wenn der Verwaltungsakt rechtmäßig ist, muß der Betroffene den Verwaltungsakt während der Dauer des Suspensiveffektes nicht befolgen. Da demnach die Nichtbefolgung eines suspendierten Verwaltungsaktes kein Unrecht ist, kann auch das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht die Zuwiderhandlung nicht mit Strafe oder Geldbuße bedrohen.

Demnach kann die Nichtbefolgung eines im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung suspendierten Verwaltungsaktes den Tatbestand nicht erfüllen ¹⁵⁾.

b) Die im Verwaltungsrecht umstrittene Frage, ob der Suspensiveffekt auch bei einem unzulässigen Rechtsbehelf eintritt ¹⁶⁾, führt zu keinen straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Problemen, da diese Frage für den Strafrichter nicht praktisch wird. Wenn der Adressat eines sanktionsbewehrten Verwaltungsaktes nämlich vor der Zuwiderhandlung Widerspruch einlegt, so kann der Suspensiveffekt nur eintreten, wenn sich der Rechtsbehelf gegen einen angreifbaren, also die Voraussetzungen des § 80 II VwGO nicht erfüllenden Verwaltungsakt richtet. Demnach ist im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung entweder ein angreifbarer Verwaltungsakt

14) Maurach-Zipf, Strafrecht AT, § 2, III, B, 3.

15) Ebenso im Ergebnis: Baldauf, NJW 1967, 745; Hagedorn, NJW 1967, 744; Schenke, JR 1970, 449 (452); Schmaltz, JZ 1968, 661.

16) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 80, VwGO, RdNr. 14 ff.

gegeben, falls der unzulässige Widerspruch den Suspensiveffekt nicht eintreten läßt, oder es liegt ein suspendierter Verwaltungsakt vor. Beide können aber den Tatbestand nicht erfüllen. Deshalb wird die Frage, ob der unzulässige Rechtsbehelf den Suspensiveffekt herbeiführt, nicht entscheidungserheblich.

II. Der rückwirkende Suspensiveffekt

Besteht im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung gegen einen Verwaltungsakt kein Suspensiveffekt, so kann er noch durch nachträgliche Rechtsbehelfseinlegung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung eintreten. Dies ist kraft Gesetzes, aber auch kraft behördlicher oder gerichtlicher Anordnung möglich. Fraglich ist dabei, welche Rolle die verwaltungsrechtliche Rückwirkung des Suspensiveffektes im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht spielt.

1. Rückwirkender Suspensiveffekt kraft Gesetzes

Der mit der Einlegung des Widerspruchs oder der Erhebung der Anfechtungsklage gemäß § 80 I VwGO eintretende Suspensiveffekt wirkt auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurück¹⁷⁾. Die gesetzliche Rückwirkung des Suspensiveffektes ist im Interesse eines umfassenden vorläufigen Rechtsschutzes zugunsten des belasteten Bürgers notwendig. Der rückwirkende Eintritt des Suspensiveffektes gemäß § 80 I VwGO ist für die Anwendung der Tatbestände mit sanktionsbewehrten Verwaltungsakten jedoch ohne Bedeutung. Das zeigt der Musikboxfall¹⁸⁾: Wenn der Gastwirt der angreifbaren Auflage zuwiderhandelt und erst danach Widerspruch einlegt, so wirkt der Suspensiveffekt auf den Zeitpunkt des Erlasses der Auflage zurück. Stellt nun der Strafrichter bei der Anwendung des § 28 I Nr. 2 GastG auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung ab, ohne die Rückwirkung des Suspensiveffektes zu berücksichtigen, so ist

17) Eyermann-Fröhler, § 80, VwGO, RdNr. 6.

18) Vgl. § 12, I, 3.

der Tatbestand nicht erfüllt; es lag nämlich eine Zuwiderhandlung gegen einen angreifbaren Verwaltungsakt vor. Dasselbe gilt aber auch, wenn die Rückwirkung des Suspensiveffektes berücksichtigt wird, weil dann ein suspendierter Verwaltungsakt nicht befolgt wurde, der ebenfalls nicht tatbestandsgemäß ist.

2. Rückwirkender Suspensiveffekt kraft Anordnung

Bei den Verwaltungsakten, die die Voraussetzungen des § 80 II VwGO erfüllen, kann der Suspensiveffekt nur durch eine besondere Anordnung eintreten. Dazu sind die Widerspruchsbehörde nach § 80 IV VwGO und, ohne daß es in der VwGO gesagt ist, die Ausgangsbehörde ¹⁹⁾, außerdem das Verwaltungsgericht nach § 80 V VwGO und in dringenden Fällen nach § 80 VII VwGO der Vorsitzende des Verwaltungsgerichts berechtigt. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung kann auch rückwirkend getroffen werden. Wenn nun z. B. im Verkehrsunterrichtsfall ²⁰⁾ im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung tatsächlich ein nach § 80 II Nr. 4 VwGO sofortig vollziehbarer Verwaltungsakt vorlag und nachträglich der rückwirkende Eintritt des Suspensiveffektes angeordnet wird, so kann die Frage, ob der Strafrichter die Rückwirkung beachten muß, entscheidungserheblich sein. Hat der Strafrichter die Rückwirkung nämlich nicht zu berücksichtigen, so lag ein vollziehbarer Verwaltungsakt vor, dessen Nichtbefolgung den Tatbestand erfüllen kann. Gilt die Rückwirkung des Suspensiveffektes jedoch auch für den Strafrichter, so war der Verwaltungsakt, falls im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung ein Rechtsbehelfsverfahren schwebte, suspendiert, oder der Verwaltungsakt war, falls in dem Zeitpunkt kein Rechtsbehelfsverfahren anhängig war, angreifbar ²¹⁾; in beiden Fällen hätte die Nichtbefolgung des Verwaltungsakts den Tatbestand aber nicht erfüllt.

19) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 35.

20) Vgl. § 12, I, 2.

21) Der angreifbare Verwaltungsakt ist in § 12, I, 3 definiert.

Bei der Lösung des Problems ist festzuhalten, daß der rückwirkend angeordnete Suspensiveffekt nur eintritt, wenn das Widerspruchs- oder Anfechtungsverfahren läuft ²²⁾. Wird der Verwaltungsakt in diesen Verfahren rückwirkend aufgehoben, so ist die Frage nach der Auswirkung des rückwirkend angeordneten Suspensiveffektes für das Ergebnis unerheblich. Da der Strafrichter die endgültige rückwirkende Aufhebung des Verwaltungsaktes nämlich beachten muß, kann eine Sanktion in keinem Fall verhängt werden. Maßgeblich bleibt die Frage nur insoweit, als der Strafrichter den Betroffenen zeitlich schon vor der endgültigen Aufhebung des Verwaltungsaktes freisprechen könnte, wenn er die rückwirkende Anordnung des Suspensiveffektes berücksichtigen müßte; diese Anordnung ergeht nämlich als vorläufige Rechtsschutzentscheidung zeitlich vor der Aufhebung des Verwaltungsaktes. Außerdem bleibt die Frage aber dann für das Ergebnis von Bedeutung, wenn der Verwaltungsakt endgültig bestätigt wird. Dadurch wird die Vollziehbarkeit i.S.d. § 80 II VwGO nämlich nicht wieder hergestellt, so daß es am Tatbestandsmerkmal des "vollziehbaren" Verwaltungsaktes fehlen könnte.

Das Problem läßt sich nicht mit dem Gedanken des Folgenbeseitigungsanspruchs lösen. Der Eintritt des Suspensiveffektes ist nämlich keine Voraussetzung dieses Anspruchs. Die Anordnung des Suspensiveffektes mit rückwirkender Kraft ist vielmehr eine Folge der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, wonach der Eintritt irreparabler Folgen, wie sie durch die sofortige Vollziehung der Verwaltungsakte eintreten können, möglichst ausgeschlossen werden soll ²³⁾. Die Verhängung der Sanktion kommt allerdings nicht als irreparable Folge

22) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80, RdNr. 35.

23) BVerfGE 35, 263 (274); 37, 150 (153).

in Betracht. Denn bei der endgültigen Aufhebung des Verwaltungsaktes erfolgt gerade ein Freispruch; ob der Strafrichter aber schon vor der Aufhebung wegen des eingetretenen Suspensiveffektes freisprechen kann, ist keine Frage nach der Verhinderung irreparabler Folgen. Wird der Verwaltungsakt dagegen bestätigt, so braucht der Betroffene überhaupt nicht geschützt zu werden, da der Verwaltungsakt ja Bestand hat. Demnach verlangt Art. 19 IV GG nicht, daß der Strafrichter die rückwirkende Anordnung des Suspensiveffektes beachtet. Es bleibt deshalb bei dem Grundsatz, daß der Zeitpunkt der Tat für die Beurteilung der Tatumstände maßgebend ist.

§ 20 Zusammenfassung

- I. Liegt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung ein suspensierter Verwaltungsakt vor und ist der Suspensiv-
effekt schon zeitlich vor der Zuwiderhandlung eingetreten, so ist das Tatbestandsmerkmal des "vollzieh-
baren Verwaltungsaktes" nicht erfüllt.
- II. Ist im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung ein Verwaltungsakt
gegeben, der nach § 80 II VwGO vollziehbar ist, und
tritt nachträglich der Suspensiveffekt mit ex tunc-
Wirkung ein, so gilt:
 1. Bei Eintritt des Suspensiveffektes gemäß § 80 I
VwGO ist der Tatbestand nicht erfüllt, denn vor der
Rückwirkung lag ein angreifbarer, nach der Rück-
wirkung ein suspensierter Verwaltungsakt vor.
 2. Wird der Suspensiveffekt behördlich oder gericht-
lich angeordnet, so hat das keinen Einfluß auf die Er-
füllung des Tatbestandsmerkmals "vollziehbar". Die
Rückwirkung des Suspensiveffektes darf der Strafrichter
nicht beachten, denn es kommt grundsätzlich auf die
Tatumstände im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung an.
- III. Wird der Verwaltungsakt nach der Zuwiderhandlung rück-
wirkend aufgehoben, muß der Strafrichter die Aufhebung
beachten; das folgt aus dem Gedanken des Folgenbe-
seitigungsanspruchs. Die Aufhebung des Verwaltungs-
aktes wirkt als Aufhebungsgrund für die Straf- bzw.
Ahndbarkeit. Der Strafrichter muß das Verfahren bis
zur Entscheidung im verwaltungsrechtlichen Rechtsbe-
helfsverfahren aussetzen. Ist das nicht geschehen,
kommt ein Wiederaufnahmeverfahren in Betracht.

Lebenslauf

Am 29. März 1947 wurde ich in Burgsteinfurt als Sohn des Arztes Dr. Hans Lagemann und seiner Ehefrau Elfriede, geb. Schäfer geboren. Ich bin Deutscher.

In Hagen bestand ich am humanistischen Albrecht-Dürer-Gymnasium am 23. Februar 1966 die Reifeprüfung. Vom Sommersemester 1966 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Am 2. Februar 1971 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm, am 24. Juli 1974 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen.

